Das

Strafgesetzbuch

für das Königreich Bayern

vom 10. November 1861.

Mit Erläuterungen

von

Dr. Carl Friedrich von Pollmann.

[illegible] des Königreichs Bayern.

Drittes Heft.

(Art. 67–76.)

Erlangen, 1865.

Verlag von Palm & Enke.
(Adolph Enke.)

Die Fortsetzung dieses Kommentars zum Strafgesetzbuche wird so bald als möglich folgen und beehren wir uns hiemit anzuzeigen,

daß der Kommentar über das

Nachdrucksgesetz

von Herrn Dr. Mandry, öff. ord. Professor der Rechte zu Tübingen, in der Bearbeitung begriffen ist und demnächst erscheinen wird. Von der k. württembergischen Regierung mit der Begutachtung des Entwurfes zu einem gemeinsamen deutschen Nachdrucksgesetze betraut, hat sich der Herr Verfasser bereits in seiner, in der Kritischen Vierteljahrsschrift Band VII S. 1 f. abgedruckten Erörterung obigen Entwurfes als eine Spezialität in diesem Fache bewährt, von welcher eine klassische Leistung zu erwarten steht.

In unserem Verlage sind erschienen und durch jede Buchhandlung zu beziehen:

System des bayer. Strafprozeßrechtes.

Von

Dr. C. F. von Dollmann,

k. bayer. Hofrath und o. ö. Professor der Rechte an der Ludwig-Maximilians-Universität in München.

Abtheilung I.

Die Strafgerichtsverfassung und die allgemeinen Grundsätze des Strafverfahrens.
Lex.-8. (VIII und 144 Seiten) geh. 1 fl. 12 kr. rhn. oder 24 Ngr.

Kommentar über die bayerische Gerichtsordnung

(Codex juris bavarici judiciarii de anno 1753)

von

Dr. Johann Adam Seuffert,

Appellationsgerichtsrath in Ruhestand,
fortgesetzt in Verbindung mit

Dr. Johann Jakob Lauk,

Oberappellationsgerichtsrath.

Zweite Auflage. Vier Bände.
Mit dem Bildnisse Dr. J. A. Seuffert's.
gr. 8. geh. 17 fl. 16 kr. rhein. oder 10 Thlr. 22 Ngr.

Vergleichende Darstellung des gemeinen deutschen und bayerischen Civilprozesses

nach der Ordnung des gewöhnlichen Prozeßverlaufes bei den Untergerichten als Leitfaden für Studirende und angehende Praktiker

von

Dr. Carl Bolgiano,

o. ö. Professor an der Ludwig-Maximilians-Universität zu München.
2 Abtheilungen. Lex.-8. geh. 2 fl. 24 kr. rhn. oder 1 Thlr. 18 Ngr.

Erlangen. **Palm & Enke.**

Sechstes Hauptstück.

Gründe, welche die Strafbarkeit ausschließen oder mildern.

Einleitung.

§. 1. Uebersicht. Rückblick.

Die Anordnung des sechsten Hauptstückes so wie der beiden nachfolgenden (7. Hauptstück: Zusammenfluß strafbarer Handlungen; 8. Hauptstück: Gründe, welche die Strafverfolgung oder den Strafvollzug ausschließen) beruht auf den Anträgen des Referenten des StGA. der Kammer der Abgeordneten, Dr. Weis.

Sie weicht eben so ab von dem Systeme des ä. StGB. als von dem der Entw. v. J. 1851 und 1853. — Das ä. StGB. hatte ein Kapitel (das 4.) von der Zumessung der Strafen und von der Aenderung der gesetzlichen Strafe oder den Milderungs- und Schärfungsgründen vorangestellt; darauf folgten (5. Hauptstück) die Gründe, welche die Strafe aufheben, wobei die Gründe der Unsträflichkeit einer objektiv gesetzwidrigen Handlung zusammengestellt waren mit den Gründen, durch welche die (an sich begründete) Strafbarkeit getilgt wird (Verjährung u. dgl.).

Schon der Entw. v. J. 1822, und nach ihm die beiden folgenden Entwürfe, hat dieses System darin verbessert, daß die Gründe der Unsträflichkeit oder der Aufhebung der Zurechenbarkeit von den Erlöschungsgründen der Strafbarkeit getrennt sind, und daß — unter Beseitigung allgemeiner Strafschärfungsgründe — die allgemeinen gesetzlichen Strafmilderungsgründe mit den Gründen der Unsträflichkeit zusammengestellt sind.

Dagegen hat sich die Anordnung des Stoffes in dem Entw. v. J. 1851 und nach ihm in dem v. J. 1853 wieder mehr dem Systeme des ä. StGB. angenähert: die Gründe, welche die Strafbarkeit ausschließen oder tilgen, sind wieder in einem Hauptstücke vereint, und unter der Rubrik „Zumessung der Strafe" ist die Leitung des richterlichen Ermessens bei der Anwendung arbiträrer Strafandrohungen zusammengestellt mit den Gründen der Strafänderung.

Nachdem sich die StGA. über die Beseitigung gesetzlicher Vorschriften

über die Zumessung der arbiträrer Strafen geeinigt, fehlte diesem Systeme auch der äußere Halt, und es wurde dasselbe mit Recht in der Weise vereinfacht und durch Ausscheidung des Verschiedenartigen und Verbindung des Gleichartigen verbessert, wie es jetzt dem StGB. zu Grunde liegt. —

Der Detailerörterung sind vorerst einige allgemeine Bemerkungen über das System des n. StGB. hinsichtlich der Ausschließung der Strafbarkeit und der richterlichen Strafänderungsbefugniß voran zu schicken, woran sich füglich einige Andeutungen über die Strafzumessung bei arbiträren Strafdrohungen anreihen mögen.

§. 2. 1) System des GB. über die Ausschließung der Strafbarkeit.

Unter den Gründen, durch welche die Strafbarkeit ausgeschlossen wird, sind jene Thatsachen verstanden, welche eine objektiv strafgesetzwidrige That [1]) von Anfang an zu einer unsträflichen machen. Sie sind gleichbedeutend mit den Gründen, welche die Schuld oder die Zurechnung zur Schuld aufheben, mit den Gründen der Unzurechenbarkeit [2]).

Als Gründe der Ausschließung der Strafbarkeit sind im n. StGB. anerkannt:

Unzurechnungsfähigkeit, als der Zustand, in welchem die Fähigkeit der Selbstbestimmung oder die zur Erkenntniß der Strafbarkeit der That nöthige Urtheilskraft gänzlich mangelt. Die Unzurechnungsfähigkeit kann in dem jugendlichen Alter des Thäters, oder in krankhafter Störung oder Lähmung seiner Geisteskräfte begründet sein;

Irrthum über Thatsachen, welche zum Thatbestande des Delikts wesentlich sind;

Nothwehr;

Befehl unter bestimmten Voraussetzungen;

Gewalt, Drohung, Nothstand.

Diese Gründe der Unzurechenbarkeit sind in der Wissenschaft

---

[1]) Ueber den Unterschied von Handlung und That s. oben S. 71.

[2]) Wohl zu unterscheiden von der Unzurechnungsfähigkeit, welche nur einen besonderen einzelnen Grund der Unzurechenbarkeit neben anderen bildet. — Die Gründe der Unzurechenbarkeit, welche die objektiv rechtsverletzende That von Hause aus unsträflich machen, sind toto genere verschieden von den Gründen, welche die von Anfang an vorhandene Schuld erst hinterher tilgen (wie die freiwillige Zurücknahme der falschen Aussage beim Meineide), oder welche die Strafverfolgung ausschließen und dadurch mittelbar zur Straflosigkeit führen (wie die Verjährung u. dgl.). Letztere haben ihren Platz im achten Hauptstück.

wie in der Gesetzgebung von je eben so anerkannt. Sie entfließen dem Wesen der Zurechnung und der Schuld. Beruht das Wesen der strafrechtlichen Schuld oder der Zurechenbarkeit darin, daß die rechtsverletzende That aus dem freien strafgesetzwidrigen Willen des Thäters entsprungen ist, oder m. a. W., ist die Schuld die rechtswidrige Willensbestimmung in ihrer Beziehung auf eine daraus hervorgegangene rechtsverletzende Handlung[3]), so muß die Zurechnung zur Schuld wegfallen, wenn der That nicht ein freier oder wenn ihr nicht ein gesetzwidriger Wille zu Grunde liegt.

Die Elemente der freien Handlung sind: das Bewußtsein des Handelnden über den wesentlichen Inhalt seiner That nach deren thatsächlicher und rechtlicher Beschaffenheit; sodann die — durch die moralische Fähigkeit der Wahl zwischen Thun und Lassen bedingte — Willkürlichkeit seines Thuns.

Nach dieser Richtung hin ist die Zurechenbarkeit ausgeschlossen in Folge der

Unzurechnungsfähigkeit des Thäters oder eines thatsächlichen wesentlichen Irrthums desselben.

Die Gesetzwidrigkeit des Willens (das andere Moment der Schuld) fällt weg,

wenn der Thäter zu der rechtsverletzenden Handlung selbständig berechtigt ist (so bei der Nothwehr);

wenn er zu derselben verpflichtet ist (wie wenn er in Folge eines zum Gehorsame verbindenden Befehles gehandelt hat);

wenn das Gesetz die Rechtsverletzung entschuldigt, (so, wenn die Handlung unter dem Eindrucke schwerer Drohung oder eines Nothstandes vollzogen ist.)

§. 3. Fortsetzung. Volenti non fit injuria.

Des Einflusses, welchen die Einwilligung des Verletzten auf die Zu-

---

[3]) Die Literatur über Schuld und Zurechnung s. bei Geib, Lehrb. II S. 76 f. S. insbes. Berner, Grundlegung einer Kriminal-Imputationslehre, 1843; Derselbe, Lehre von der Theilnahme am Verbrechen, und die neueren Kontroversen über Dolus und Kulpa 1847. — Köstlin, n. Revision S. 131; System §. 41 S. 119. — Wächter, d. k. sächs. StGB. I S. 314. — Hälschner a. a. O. S. 98. — Geßler, Begriff und Arten des Dolus (1860). — Geyer, Erört. üb. d. allg. Thatbestand der Verbrechen nach österreich. Recht (Kap. 1 vom bösen Vorsatz), 1862.

rechenbarkeit der verletzenden Handlung haben soll, hat das n. StGB. nicht besonders gedacht).

Das ä. StGB. erwähnt unter den Gründen, welche die Strafbarkeit aufheben, auch der Erlaubniß des Beschädigten, indem sie deren straflos machende Wirkung auf jene Handlungen beschränkt, „welche blos auf Verlust oder nicht gemeingefährliche Beschädigung des Eigenthumes [5]) gerichtet sind."

In den älteren Entwürfen reproduzirt, ist dieser Satz in dem Entw. v. J. 1851 — nach dem Vorgange der gesammten neueren GG. [6]) — beseitigt, weil, wie die Motive (S. 39) sagen, die aufgestellte Regel selbstverständlich, die angefügte Ausnahme aber theils überflüssig theils zu beschränkt sei [7]), — und ist der Richter auf die allgemeinen Prinzipien über Schuld und Zurechnung, so wie auf das Wesen und den Thatbestand der einzelnen Delikte verwiesen.

So auch die späteren Entw. und das n. StGB.

Ohne der Detailerörterung bei jenen Delikten, wo die Frage von

---

[4]) Vgl. Abegg, Untersuchungen S. 72. — Hepp, im n. Archiv d. KrR. XI S. 255. — Köstlin, n. Revision S. 633; System I S. 100. — Berner, Lehrb. S. 121. — Hälschner a. a. O. S. 231. — Böhlau in Goltd. Archiv V S. 489. — Geib, Lehrb. II S. 211.
Die ältere Praxis nahm keinen Anstand, den — in L. 1 §. 5 D. de injur., 47, 10, zur Motivirung des Ausschlusses der Injurienklage des Sohnes vorkommenden Ausspruch: „quia nulla injuria est quae in volentem fiat", — zu dem allgemein giltigen Axiom: volenti non fit injuria zu potenziren. — Die spätere Doktrin hat das Kriterium bald auf den Unterschied zwischen öffentlichen und Privatverbrechen, bald und überwiegend auf den Unterschied von frei verfügbaren — veräußerlichen, verzichtbaren — Rechten und deren Gegentheil gestellt.

[5]) Als solche wird von den Anm. I S. 307 beispielsweise das Anzünden eines Hauses in der Stadt mit Erlaubniß des Eigenthümers bezeichnet.

[6]) Vgl. u. a. Breidenbach, Komm. I S. 538. — Leonhard, Komm. z. d. StGB. d. KR. Hannover I S. 331.

[7]) „Ueberflüssig, — sofern sie für die meisten Fälle nichts besage, als was sich von selbst verstehe, daß nämlich da, wo die Nichteinwilligung des Beschädigten nothwendig zum gesetzlichen Begriffe eines Verbrechens gehöre, wie bei Diebstahl, Betrug u. dgl., das Delikt einfach nicht vorliege, sobald der Beschädigte eingewilligt habe. Zu beschränkt, — weil nicht nur bei Angriffen gegen das Eigenthum, sondern auch bei solchen gegen die Ehre und selbst bei einzelnen gegen die Person (Nothzucht, Entführung) derselbe Gesichtspunkt sich geltend mache."

praktischer Bedeutung ist (namentlich Tödtung und Körperverletzung) vorzugreifen, seien hier nur einige allgemeine Gesichtspunkte angedeutet.

1) Schlechthin keinen Einfluß auf Schuld und Strafbarkeit kann die Einwilligung bei jenen Delikten haben, welche gar nicht vom Gesichtspunkte eines Eingriffes in eine subjektive Rechtssphäre, sondern aus höheren, allgemeineren Rücksichten auf Staat, Gesellschaft, Sittlichkeit mit Strafe bedroht sind, auch wenn hiebei die Verletzung einer Person die praktische Spitze bildet oder konkurrirt *).

2) Was die anderen Delikte anlangt, welche lediglich durch das Medium eines Eingriffes in die Privatrechtssphäre des Betroffenen einen Bruch der Rechtsordnung und einen öffentlich strafbaren Fall darstellen, so ist zuvörderst einleuchtend, daß bei allen Delikten, zu deren Thatbestand Gewalt gegen eine Person erforderlich ist, durch Einverständniß oder Genehmigung der letzteren das Moment der Gewalt hinwegfällt, — wobei es weiter auf die genauere Beschaffenheit der Handlung im Einzelnen ankommt, ob dieselbe straflos ist oder ob sie in ein anderes Delikt übergeht.

Ebenso verhält es sich bei solchen Delikten, welche in der Verletzung freiverfügbarer Vermögensrechte bestehen. — Die Wegnahme oder Beschädigung einer fremden Sache mit Einwilligung des Berechtigten enthält keine Rechtsverletzung. —

So beschränkt sich das Feld der Kontroverse über den Einfluß der Einwilligung des Betroffenen auf jene Verbrechen, welche in einem Angriffe oder in einer Gefährdung von Leib oder Leben, Ehre, Status beruhen. — Der entscheidende Gesichtspunkt wird hier aber kein anderer sein, als daß die Rechtsgüter, um welche es sich hier handelt, mit der Persönlichkeit selbst identisch, bezw. daß sie immanente substanzielle Attribute derselben sind, welche von ihr überall nicht willkürlich abgelöst und getrennt werden können. Eine Ablösung des Rechtes auf Leben u. s. w. von der Persönlichkeit ist sittlich und rechtlich unmöglich, weil diese Attribute die Persönlichkeit selbst bilden. Einem Verzichte in dieser Richtung kann daher auf dem Strafgebiete wenigstens nicht die Wirkung beigelegt werden, daß dadurch die Rechtswidrigkeit der Handlung und der rechtswidrige Wille des Handelnden aufgehoben wird.

---

*) Ob dieser selbstverständliche Satz bei jenen Delikten eine Ausnahme erleidet, welche, wie der Ehebruch, nur auf Antrag des beleidigten Theiles zu strafen sind, — ist dem besonderen Theile vorzubehalten.

§. 4. 2) System des GB. über das richterliche Strafänderungsrecht *). Uebersicht.

Unter dem richterlichen Strafänderungsrechte ist die Ermächtigung des Strafrichters verstanden, im einzelnen Falle von der ordentlichen Strafdrohung des Gesetzes abzugehen, — eine mildere oder schärfere Strafe auszusprechen, als die auf das Delikt nach dessen Merkmalen anwendbare allgemeine Strafbestimmung des Gesetzes mit sich bringt [10]).

Das System des n. StGB. über das richterliche Strafänderungsrecht geht von dem Prinzipe aus, daß dem Richter ein Strafänderungsrecht nur in Folge ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung zusteht, und daß diese Ermächtigung an bestimmte einzelne vom Gesetzgeber namhaft gemachte Thatsachen geknüpft ist.

Und zwar sind die gesetzlichen Strafänderungsgründe theils allgemeine, welche bei jedem Delikte oder doch bei mehreren Deliktskategorien vorkommen können; theils sind sie besondere, wenn sie auf das eine oder andere Delikt beschränkt sind.

Als gesetzliche allgemeine Strafänderungsgründe kommen nur Milderungsgründe vor [11]). Als solche sind anerkannt:

Jugend (Art. 76),

geminderte Zurechnungsfähigkeit (Art. 68),

---

*) Vgl. Dr. Carl Lippmann, histor.-dogmatische Darstellung der Lehre von der richterlichen Strafänderungsbefugniß nach gem. und partik. deutschen, sowie nach französ. Recht, 1863. — Köstlin, n. Revision S. 857; System I S. 590. — Hälschner a. a. O. S. 477. — Geib, Lehrb. II §. 73. — Berner, Lehrb. §. 137 f.

[10]) Wo das GB. verschiedene Abstufungen eines Deliktes mit besonderen Thatbestandsmerkmalen aufgestellt, ist die für die höhere Stufe gedrohte Strafe als die ordentliche zu betrachten. Z. B. die auf den Raub, wenn derselbe schwerere Folgen nach sich gezogen hat, gesetzte höhere Strafe (Art. 302) bildet die ordentliche Strafe für solche Fälle des Raubes u. s. w.

[11]) Die Bezeichnung: Strafmilderungs- und Strafschärfungsgründe für die Herabsetzung oder Steigerung der ordentlichen Strafe, — zum Unterschiede von den bei der Strafzumessung sich geltend machenden Straferhöhungs- oder Strafmilderungsgründen ist zuerst im k. StGB. Art. 90 f. 97 f. als eine technische ausgeprägt. Nach dem gemeinrechtlichen Sprachgebrauche und auch nach der Terminologie anderer Strafgesetzbücher wird zwischen Straferhöhungs- und Straf-

Zustand der Nothwehr bei Ueberschreitung ihrer rechtmäßigen Schranken (Art. 73),

Schadensersatz (Art. 74),

Unverschuldete, mehr als einmonatliche Untersuchungshaft (Art. 83).

Zu den besonderen, nur auf einzelne Delikte bezüglichen Milderungsgründen gehört insbesondere der Reiz bei Todtschlag und Körperverletzung[12]) (Art. 229, 235).

Allgemeine gesetzliche Strafschärfungsgründe sind dem n. GB. fremd; bei einzelnen Delikten sind Rückfall, Wiederholung oder Konkurrenz als besondere gesetzliche Schärfungsgründe hervorgehoben[13]). —

Hinsichtlich der gesetzlichen allgemeinen und besonderen Strafmilderungsgründe ist noch in prozessualer Hinsicht zu bemerken:

1) Die thatsächliche Feststellung derselben gebührt dem Richter der That, in Schwurgerichtssachen gehört sie zur Thatfrage und steht somit den Geschworenen zu.

2) Die Stellung der betreffenden Frage an die Geschworenen darf bei Vermeidung der Nichtigkeit dann nicht verweigert werden, wenn nach Beendigung des Beweisverfahrens und vor dem Schlusse der gegenseitigen Verhandlungen das Vorhandensein eines solchen Grundes ausdrücklich geltend gemacht worden ist[14]).

3) Ist der Milderungsgrund thatsächlich festgestellt, so ist der Strafrichter verpflichtet, die ordentliche Strafe in der vom Gesetze näher bezeichneten Weise herabzusetzen, die Milderungsgründe sind obligatorisch. Nur bei dem Milderungsgrunde des Schadensersatzes ist dem Richter lediglich die Befugniß ertheilt, die Strafe zu mildern; es ist in sein Ermessen ge-

---

schärfungs-, Strafminderungs- und Strafmilderungsgründen in obiger Weise nicht unterschieden. — Auch ist das b. StGB. seinem Sprachgebrauche selbst nicht ganz treu geblieben, indem die Minderungsgründe hie und da auch mildernde Umstände genannt werden (Art. 95 Ziff. 3, Art. 96).

12) Eine eigenthümliche Stellung hat das dem Strafrichter, also in schwurgerichtlichen Sachen dem Schwurgerichtshofe, eingeräumte Strafmilderungsrecht bei Versuch und Theilnahme. S. oben S. 245, 323.

13) Bei Diebstahl, Raub, Betrug u. s. w.; Art. 275, 276, 282 Ziff. 3, 301 Ziff. 4, 309, 310, 320 u. s. w.

14) Einführungsgesetz zu dem StGB. und PolizeiStGB. v. 10. November 1861 Art. 22. Vgl. über diese dem Gebiete des Prozesses angehörigen Sätze Risch, Komm. z. Einf.-Ges. S. 121; Weis, Komm. II S. 345. — Verh. I, 2, Beil.-Bd. S. 417. Weis in den Verh. II, 2, Bd. 2 S. 309. — Durch die ausdrückliche Bestimmung des Einf.-Ges. a. a. O. hat die lebhaft

stellt, ob er von seiner Milderungsbefugniß Gebrauch machen will oder nicht; der Milderungsgrund ist nur ein fakultativer.

§. 5. Forts. Ausschließung des Systemes der mildernden Umstände.

Das Strafgesetzbuch kennt somit kein in das subjektive Ermessen des Richters gestelltes Strafänderungsrecht, insbesondere auch kein solches rein arbiträres Strafmilderungsrecht, m. a. W., es hat das System der mildernden Umstände oder die Ermächtigung des Richters, so oft ihm die Umstände des Falles darnach angethan scheinen, die gesetzliche Strafe herabzusetzen, nicht aufgenommen.

Nur in schwurgerichtlichen Preßstrafsachen ist an die Geschworenen bei Vermeidung der Nichtigkeit auch die Frage zu stellen, ob mildernde Umstände vorhanden seien; im Bejahungsfalle darf bei Ausmessung der Strafe die Hälfte des höchsten Strafmaaßes nicht überschritten werden u. s. w.

Eben so ist das Gericht befugt, bei Preßpolizeiübertretungen mildernde Umstände anzunehmen[15]).

Das vom n. StGB. festgehaltene System über das richterliche Strafänderungsrecht, welches sich als das gemeinrechtliche bezeichnen läßt, im Wesentlichen im älteren StGB. vorgebildet ist[16]) und auch in der deutschen

---

verhandelte Streitfrage, ob auf dem Boden des früheren Rechtes der Präsident zur Stellung einer solchen Frage verpflichtet war, wenn ein bestimmter Strafmilderungsgrund vom Angeklagten oder vom Vertheidiger geltend gemacht worden war, — ihre Erledigung gefunden. Für das freie Ermessen des Präsidenten war die Praxis des Kassationshofes: vgl. Seel in der Zeitschr. III S. 443, V S. 546 und die dort angef. Erk. — Für die Verpflichtung desselben: J. A. Seuffert, Bl. f. RA. XX S. 1; [illegible] das. XXII S. 305; Fr. Walther, Lehrb. d. StPR. S. 341.

Ist keine Frage auf das Dasein eines bestimmten Milderungsgrundes gestellt, so sind die Geschworenen jetzt eben so wenig wie vor der Erlassung des Einführungsgesetzes befugt, in ihrem Wahrspruche das Dasein desselben zu konstatiren. Vgl. Walther a. a. O. S. 362.

[15]) Preßgesetz v. 17. März 1850 Art. 54.

[16]) Vgl. Art. 98—106. — Das ä. StGB. hatte als weiteren Strafmilderungsgrund den Mangel an Thatbestand, und als allgemeinen Strafschärfungsgrund den Rückfall und die Konkurrenz, Art. 107—117, aufgestellt. — Durch die ah. V. v. 16. März 1816, die Strafbestimmungen über den Diebstahl

Partikulargesetzgebung vorherrscht [17]), hat in den Ausschußverhandlungen zu lebhaften Erörterungen geführt.

Es wurde zuerst im GGA. I, und nachdem hier der Antrag keine weitere Folge hatte, im GGA. II von dessen Referenten, Dr. Weis, der Antrag auf Annahme des Prinzipes der mildernden Umstände eingebracht, — darin bestehend, daß dem Schuldrichter nach seinem freien, durch keine gesetzliche Präzisirung einzelner Thatsachen gebundenen Ermessen die Annahme mildernder Umstände zustehen soll, in Folge deren die ordentliche Strafe herabzusetzen sei [18]). — Vorgebildet ist dieses System in dem französischen

---

betr., Art. 3 Ziff. 3, ist dem Richter verstattet, die Strafe des ausgezeichneten Diebstahles „bei besonders mildernden Umständen" auf die Hälfte herabzusetzen.

Der das richterliche Ermessen begünstigende Entw. v. J. 1822 hat zuerst den allgemeinen gesetzlichen Strafmilderungsgrund der geminderten Zurechnung hinzugefügt, Art. 86. — Sodann sind die allgemeinen Strafschärfungsgründe aus demselben verschwunden: Rückfall und Konkurrenz sollen nur noch Erschwerungsgründe innerhalb des ordentlichen Strafrahmens bilden, Art. 90 und 92.

Auf diesem Standpunkte befinden sich auch die nachfolgenden Entw.

Der Milderungsgrund der geminderten Zurechnung ist durch das Ges. v. 29. Aug. 1848, Abänderung einiger Bestimmungen des 1. Thls. des StGB. v. J. 1813 betr., Art. 3, dem geltenden Rechte eingefügt. (S. u. zu Art. 68.)

[17]) Genaueres bei Lippmann a. a. O. S. 67 f.

[18]) Die Anregung im GGA. I ging von dem Reichsrathe Dr. von Heintz aus, Verh. I, 1 S. 204. Er schlug die Aufnahme folgenden allgemeinen Satzes vor: „Wird thatsächlich festgestellt, daß mildernde Umstände vorliegen, so tritt an die Stelle der ordentlichen Strafe eine geringere, nach folgendem Maßstabe ..... Die Annahme mildernder Umstände ist jedoch ganz ausgeschlossen 1) bei dem Verbrechen des Hochverrathes" u. s. w. — v. Heintz forderte die Adoption dieses Systemes hauptsächlich als konsequente Fortbildung des vom Entw. aufgestellten Milderungsgrundes der geminderten Zurechnung. — Der Vorschlag fand im GGA. I keinen Anklang, nachdem sich der Justizminister gegen denselben ausgesprochen hatte. Verh. I, 1, S. 34—39.

Ref. II hatte die Sache schon in seinen einleitenden Bemerkungen zu den Vorträgen der Ausschußmitglieder zu dem speziellen Theile des Entw. angeregt, Verh. II, 1, S. 279. — Bei der Wiederaufnahme der Sitzungen über den speziellen Theil des Entw., 17. Mai 1857, wurde sodann die präjudizielle Frage auf die Tagesordnung gebracht, „ob nicht eine generelle Bestimmung des Inhaltes, daß beim Dasein mildernder Umstände eine geringere als die ordentliche Strafe einzutreten habe, noch in den allgemeinen Theil aufzunehmen sei."

Ges. v. 28. Ap[illegible] 1832 über die Revision des Cod. pén. Dieses Gesetz verpflichtet den [illegible]isenpräsidenten, in jedem Falle an die Geschwornen die Frage zu stellen [illegible] ob mildernde Umstände (circonstances atténuantes) vorhanden seien; [illegible] Bejahungsfalle soll der Gerichtshof verpflichtet sein, die Strafe um ei[illegible] Grad, — und berechtigt, dieselbe um zwei Grade herabzusetzen [19]).

Die Aufnahm[illegible] des Institutes der mildernden Umstände in das n. StGB. wurde von den [illegible]ertretern der Staatsregierung vornämlich aus dem Grunde [20]) bekäm[illegible], weil eine neue Strafgesetzgebung in der Lage sei, die Strafmaße bei je[illegible]m Delikte in einer alle nicht ganz außergewöhnlichen Erscheinungen um[illegible]ssenden Ausdehnung zu bestimmen, eben darum aber kein Bedürfniß vor[illegible]ge, dem Richter eine arbiträre Emendation der gesetzlichen Strafmaße im ein[illegible]elnen Falle offen zu lassen, — wie denn anerkanntermaßen das französische I[illegible]titut keine andere Bedeutung habe, als die Revision der allzu harten Stra[illegible]rohungen für jeden einzelnen Fall in das Gewissen des Schuldrichters zu [illegible]verlegen [21]). Es wurde ferner geltend gemacht, daß durch das vorge[illegible]agene System den Geschwornen ein unverhältnißmäßiger Einfluß auf die [illegible]trafzumessung, unter Umständen ein förmliches Begnadigungsrecht, ein[illegible]äumt werde.

Hiegegen [illegible]de die Aufnahme des französischen Institutes vornämlich befürwortet dur[illegible] die Hinweisung auf die große Einfachheit, welche durch dasselbe in da[illegible] Verhältniß des Strafrichters zum Strafgesetze gebracht werde, indem [illegible] dadurch die Hervorhebung aller besonderen Milderungsgründe entbehrlich wür[illegible]; auf die damit gegebene Möglichkeit, eine dem Ernste und der Würde der Strafgesetzgebung widerstreitende allzu tiefe Herabsetzung der gesetzlichen St[illegible]afmaße zu vermeiden; auf die konsequente Durchbildung des vom Entw[illegible] in der Zulassung leichterer oder schwererer Fälle bei einzelnen Delikte[illegible] selbst bereits eingeschlagenen Weges; auf die Unhaltbarkeit des Systemes des Entwurfes, nachdem man dem Milderungsgrunde der geminderten Z[illegible]rechnung eine Ausdehnung gegeben habe, durch welche alle festen Gränze[illegible] zwischen diesem Milderungsgrunde und dem Komplexe der

19) S. Lip[illegible]mann a. a. O. S. 78 f. — Goltdammer in s. Archiv V S. 229 [illegible] Hier auch über das System des Preuß. StGB. — Berner, Lehrb. S. [illegible] 229 f.

20) Siehe B[illegible] II, 1, S. 457 f.; Bd. 2 und 3 S. 206. — Die Debatte hatte noch eine[illegible] andere, prozessuale Richtung über die Kompetenz der Geschwornen hinsichtli[illegible] der Konstatirung der Milderungsgründe, dann des leichteren oder schwereren [illegible] Falles, s. oben S. 401.

21) S. Cha[illegible]-Hélie, théorie d. C. p. Vol. VIII p. 226 suiv.

mildernden Umstände überhaupt verwischt seien. Von einem den Geschworenen damit eingeräumten Begnadigungsrechte könne aber um deswillen keine Rede sein, weil es sich nur um Konstatirung des Maßes der wirklich vorhandenen Verschuldung handle.

Unter dem Eindrucke dieser Deduktion wurde denn auch vom GGA. II[22]) die Aufnahme des Systemes der mildernden Umstände in das GB. und die Beseitigung der besonderen Bestimmungen über geminderte Zurechnungsfähigkeit und den Exceß der Nothwehr beschlossen, und die dem entsprechend von Dr. Weis formulirten Ergänzungsbestimmungen und Abänderungen des Entw. vom GGA. II gutgeheißen[23]).

Die Erklärungen des k. Staatsministers der Justiz am 5. März 1858[24]) veranlaßten indeß den GGA. II im Interesse der Vereinbarung des Gesetzeswerkes das Institut der mildernden Umstände als generelle Bestimmung aufzugeben, und sich im allgemeinen Theile mit der Aufstellung bestimmter Strafmilderungsgründe zu begnügen, mit dem Vorbehalte jedoch, im speziellen Theile bei einzelnen Delikten auf sog. leichtere Fälle Rücksicht zu nehmen und die Strafminima geeignet herabzusetzen[25]). —

So hat denn auch der Entw. v. J. 1860 das Institut der mildernden Umstände nicht aufgenommen, er hat jedoch — seinem Bestreben getreu, den Anträgen der GGA. thunlichste Rücksicht zuzuwenden — den Milderungsgrund der geminderten Zurechnungsfähigkeit in der von dem GGA. II postulirten weiteren Fassung und sonstigen Modalität eingestellt[26]), sowie er auch den Anträgen der GGA. hinsichtlich der Strafmaße bei den einzelnen Delikten vielfach gerecht geworden ist.

Bei den Verhandlungen über den angef. Entw. bezogen sich daher auch die Aenderungsanträge des Ref. II hauptsächlich nur auf weitere Ermäßigung der Strafdrohungen, um auf diesem Wege das Wegfallen der mildernden Umstände weniger fühlbar zu machen; bei den Vergehen und Uebertretungen ging der Vorschlag auf regelmäßige Beseitigung jeder Minimalstrafbestimmung, — wogegen auch bei einzelnen Delikten eine Erhöhung der Strafdrohungen des Entwurfes beantragt wurde[27]).

Die Anträge des Ref. erhielten meist die Zustimmung der GGA. und gingen in das StGB. über.

---

22) Gegen die Stimme Edel's.
23) Verh. II, 1 S. 465, 534; Bd. 2 und 3 S. 206, 210 f.
24) Verh. II, 1, Bd. 2 und 3 S. 220 f., 224.
25) Verh. a. d. zuletzt angef. O. S. 228, 231, 235.
26) S. u. zu Art. 68.
27) Ref. II, 2 S. 186. — Verh. II, 2 S. 4. — Verh. I, 2 S. 1, 69.

§. 6. Strafzumessung.

Die richterliche Funktion der Strafzumessung (im engeren[28]) S. d. W.) bezieht sich auf die Anwendung solcher Strafdrohungen[29]), welche hinsichtlich des Strafmaßes dem richterlichen Ermessen einen Spielraum offen lassen. Sie ist die Festsetzung der Strafe in solchen Fällen, wo dem Ermessen des Strafrichters hinsichtlich des Maßes der Strafe oder der Auswahl des Strafmittels ein freier Spielraum eingeräumt ist.

Das Strafgesetzbuch hat das richterliche Ermessen sowohl bei der Feststellung der ordentlichen als auch beziehungsweise der außerordentlichen Strafe in mehrfachen Formen zugelassen[30]).

1) Das Strafmaß ist innerhalb gewisser Gränzen, nach einem Maximum und Minimum, angesetzt, — sei es, daß der Strafrahmen innerhalb derselben Strafart gespannt ist[31]), oder daß er qualitativ verschiedene Strafarten umschließt[32]).

---

[28]) Unter Strafzumessung im weiteren S. d. W. wird die gesammte, auf die Straffindung bezügliche Funktion des Strafrichters verstanden. — Ueber Strafzumessung im Sinne des Textes vgl. überh. Köstlin, n. Rev. S. 860; System I S. 87. — Hälschner a. a. O. S. 466. — Geib, Lehrb. II §. 73.

[29]) Sog. relativ bestimmte Strafdrohungen, im Gegensatze zu den absoluten, welche das richterliche Ermessen ausschließen. — Als absolute Strafdrohungen kennt das StGB. nur die der Todesstrafe und der lebenslänglichen Zuchthausstrafe, s. oben S. 122.

[30]) Vgl. oben S. 40. — In Vergehens- und Uebertretungsfällen ist meist dem Strafrichter kein besonderes Minimum vorgezeichnet, so daß er bis zu dem gesetzlichen Minimum herabgehen kann.

[31]) Dieß ist die Regel bei Bestimmung der ordentlichen Strafe.

[32]) So beziehungsweise bei den gesetzlichen Schärfungs- und Milderungsgründen; dann in jenen Fällen, wo dem Strafrichter gestattet ist, einen „leichteren" oder „schwereren Fall" anzunehmen und demgemäß nach seinem Ermessen die als durchschnittlich angenommene Strafe (Normalstrafe) zu steigern oder zu erniedrigen. —

Die Ermächtigung des Strafrichters, einen leichteren oder schwereren Fall anzunehmen, kommt da vor, wo der Richter je nach den Umständen des einzelnen Falles befugt sein soll, zu einer anderen Strafart überzugehen, also z. B. im schwereren Falle statt der Gefängnißstrafe auf Zuchthausstrafe, — im leichteren Falle statt der Gefängnißstrafe Arreststrafe zu verhängen u. s. w.

Das Gesetz hat diese Erweiterung des richterlichen Ermessens bei solchen Delikten zugelassen, welche in sehr verschiedenen Abstufungen der objektiven Schwere vorkommen können, ohne daß es gleichwohl ausführbar schien, diese Abstufungen im Gesetze zu fixiren.

So ist die Annahme eines leichteren Falles gestattet, unter gewissen Moda-

2) Dem Strafrichter ist die Wahl gelassen zwischen zwei verschiedenartigen Strafmitteln, — zwischen Freiheits= und Geldstrafe, oder zwischen verschiedenen Vollziehungsarten [33]. In solchen alternativen Strafdrohungen liegt beziehungsweise implicite eine Ermächtigung des Strafrichters zur arbiträren Erhöhung oder Minderung der Strafe [34].

3) Der Strafrichter darf nach seinem Ermessen die Hauptstrafe (Freiheitsstrafe) durch eine Zusatzstrafe (Geldstrafe) verstärken, oder eine Nebenfolge (Ehrenminderung, Verlust des Amtes oder Dienstes) verhängen. —

Von einer Leitung des richterlichen Ermessens hinsichtlich der Strafzumessung hat das n. StGB. gänzlich Umgang genommen. Die von dem ä. StGB. in casuistischer Ausführlichkeit, und von den nachfolgenden Entwürfen theils eben so, theils wenigstens in prinzipieller Fassung [35]) aufgestellten Normen sind in das n. StGB. nicht übergegangen, — worin Niemand eine Lücke erblicken wird, der bedenkt, daß die früher aufgestellten Strafzumessungsgründe theils sich aus den allgemeinen Grundsätzen der

---

litäten: bei Landesverrath (Art. 111 Abs. 3), Majestätsbeleidigung (Art. 121), Gewaltthätigkeiten gegen Beamte u. s. w. (Art. 138 Abs. 2), Körperverletzung (Art. 235 Abs. 1), Bankerott (Art. 329 Abs. 2), vorsätzliche Brandstiftung (Art. 348 Abs. 2), aktive Bestechung (Art. 369 Abs. 1).

Die Annahme eines schwereren Falles ist gestattet unter bestimmten Voraussetzungen bei vorsätzlichen Körperverletzungen (Art. 237 Abs. 1), Ehrenkränkungen (Art. 262 Abs. 2), vorsätzlichen Eigenthumsbeschädigungen (Art. 342 Abs. 2), Verletzung der Amtsverschwiegenheit (Art. 365 Abs. 2).

Ueber den Unterschied der Strafänderung wegen eines leichteren oder schwereren Falles und der Strafzumessung wegen eines gesetzlichen Strafmilderungs- und Strafschärfungsgrundes s. u. zu Art. 68.

[33]) Ueber den verschiedenen Vollzug der Gefängnißstrafe s. oben S. 127.

[34]) S. oben S. 157.

[35]) StGB. v. J. 1813 Art. 90 f. Der Richter soll theils (in objektiver Hinsicht) auf die Beschaffenheit der zu bestrafenden Handlung an und für sich, theils (in subjektiver Beziehung) auf die Größe der Gesetzwidrigkeit des Willens Rücksicht nehmen. In der ersteren Hinsicht ist die intensive und extensive Größe der durch die Rechtsverletzung herbeigeführten Rechtsverletzung oder Rechtsgefährdung maßgebend. In der zweiten Beziehung soll die Strafbarkeit sich steigern in dem Maße, je zahlreichere und wichtigere Beweggründe für die Beobachtung des Gesetzes vorhanden waren, je schwieriger die Ausführung des Verbrechens, je geringfügiger der Anlaß war, je mehr der Verbrecher durch Angewöhnung u. s. w. verwildert und zu Verbrechen aufgelegt ist, je bösartiger und gefährlicher die Begierden und Leidenschaften gewesen sind, aus welchen er gehandelt hat; dagegen soll sich die Strafbarkeit mindern, wenn der Thäter den vollen Umfang der Gefährlichkeit der That u. s. w. nicht eingesehen hat, wenn er dazu verleitet wurde, wenn eine ungesuchte

Zurechnung von [illegible] selbst ergeben, theils der casuistischen Betrachtung concreter Fälle entnommen [illegible] sind, daß sich keine Vollständigkeit erzielen läßt und daß jedem Richter, [illegible] in den Geist des von ihm anzuwendenden Strafrechtes eingedrungen ist, die richtige Würdigung der die Strafbarkeit erhöhenden oder mindernden Momente ohnehin zugetraut werden kann.

Die Handhabung der arbiträren Strafzumessungsbefugniß ist daher ebensowenig wie früher auf das willkürliche Belieben des Richters oder auf den dunkeln Gefühlseindruck, welchen derselbe von der That empfangen, gestellt. Der Richter darf sich auch jetzt wie früher nur durch bestimmte, klar bewußte Gründe bei seiner Strafzumessungsthätigkeit leiten und bestimmen lassen, ——— wie er auch in seinen Entscheidungsgründen darüber Rechenschaft abzulegen hat. Welche Momente und Kriterien er aber in's Auge zu fassen hat, darüber läßt ihn weder die Wissenschaft noch die positive Gesetzgebung [illegible] selbst in der Gesammtheit ihrer auf die Strafabstufung bezüglichen Bestimmungen im Zweifel [36]). Seine Straffestsetzung muß aus der Gesammtwürdigung aller Elemente der Schuld, wie sie im vorliegenden

---

Gelegenheit [illegible] eine Begierde reizte, wenn er in einer zufällig entstandenen, an sich entschuldbaren Leidenschaft oder Gemüthsbewegung gehandelt hat, wenn bei ihm auf einen noch geringen Grad von Verdorbenheit und Verwilderung geschlossen werden kann ꝛc. (was dann selbst wieder kasuistisch weiter ausgeführt wird, Art. 94). —

Der Entw. v. J. 1822 Art. 87 beschränkt sich auf den Satz, daß die Strafe mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der That und des Thäters genau nach den Gesetzen zuzumessen ist. Der Entw. v. 1851, Art. 88 und 89, so wie nach ihm der Entw. v. J. 1853 Art. 78 schreibt dem Richter vor: die Berücksichtigung theils des Grades der Schädlichkeit und Gefährlichkeit der zu bestrafenden Handlung theils des Grades der Bösartigkeit und Stärke des von dem Handelnden an den Tag gelegten verbrecherischen Willens, theils des bisherigen Lebenswandels des zu Bestrafenden. —

Auch die Preußischen StGB.-Entwürfe hatten bald besondere Zumessungsgründe aufgestellt, bald sich mit einem allgemeinen Grundsatze begnügt, bis die Revision v. J. 1845 das eine wie das andere System fallen ließ, weil es Sache des Richters sei, von jedem einzelnen Falle eine konkrete Anschauung zu gewinnen. Goltdammer's Materialien z. d. Preuß. StGB. Bd. I S. 395, 441.

[36]) Sehr gut bemerkt Hälschner a. a. O. S. 469: „Wer über die Gründe der Strafzumessung belehrt sein will, muß auf das ganze System der Strafrechtswissenschaft verwiesen werden, welches in seinem allgemeinen wie besonderen Theile gerade die Aufgabe hat, die Normen zu entwickeln, durch welche das Maß der Schuld und Strafe entwickelt wird." — Ueber die Kontroversen betreffend die Prinzipien der Strafzumessung, s. Hälschner a. a. O.; Lippmann a. a. O. S. 64.

Falle hervorgetreten sind, hervorgehen. Er hat die Persönlichkeit des Thäters, die Motive der That, den Grad der Stärke und den Umfang des verbrecherischen Willens, — eben so aber auch die objektive Beschaffenheit des Delikts, den Umfang und die Größe der bewirkten Rechtsverletzung oder Gefährdung zu erwägen und nach dem so gewonnenen Gesammtbilde des konkreten Reates das demselben entsprechende Strafmaß abzuwägen [37]).

Hiemit ist von selbst jedes mechanische Vorgehen des Richters bei der Strafzumessung, jedes Zählen der Gründe, welche für die höhere oder niedrigere Strafbarkeit sprechen, ausgeschlossen. Eben so die Annahme eines Durchschnittsmaßes der gedrohten Strafe, von welchem der Richter auszugehen habe. Daß als solcher Ausgangspunkt ebensowenig als das Maximum der gedrohten Strafe das Minimum derselben angenommen werden darf, ist vorab einleuchtend, da sich hiemit der Richter die Möglichkeit entziehen würde, einem schwereren, beziehungsweise geringeren Maße der Verschuldung gerecht zu werden [38]). Dagegen liegt es in der Natur der Sache, daß der Richter im Zweifel, wenn keine besonderen Strafminderungs- oder Straferhöhungsgründe vorliegen, das mittlere Strafmaß wählt, welches zwischen dem gesetzlichen Maximum und Minimum mitten inne liegt; eben so, wenn die vorhandenen Straferhöhungs- und Strafminderungsgründe sich gegenseitig die Waage halten [39]), — Fälle, deren Vorkommniß, wenn es auch ein seltenes sein wird [40]), sich doch nicht in Abrede stellen läßt. Nicht als ob dieser mittlere Strafgrad die poena ordinaria bilde, — denn der ganze Strafrahmen hat diesen Charakter,

---

[37]) Ref. II, 1, S. 55; Verh. II, 1, S. 234. Vgl. Goltdammer, Materialien I S. 395; Hälschner a. a. O. S. 467.

[38]) Vgl. über die ältere bayer. Praxis, welche das Minimum der angedrohten Strafe zur poena ordinaria stempelte: v. Heintz in den Verh. I, 1, Beil.-Bd. I S. 215.

[39]) Anm. z. d. ä. StGB. I S. 235: „Die Ausmessung geschieht in diesen Fällen so, daß, wenn keine anderen mindernden oder erschwerenden Umstände vorhanden sind, als eben der Begriff eines bestimmten Verbrechens erfordert, auf die mittlere Stufe der gesetzlichen Strafe — erkannt wird." Auch in einer JME. v. 30. Mai 1858 Ziff. V (Zeitschr. V S. 150) ist das mittlere Strafmaß als die von dem Richter einzunehmende Basis der Strafzumessung bezeichnet. Eben so die Motive zu dem Württemb. StGB. Art. 113. Vgl. Wächter, Abh. aus dem StrafR. I S. 257. Köstlin, n. Revis. S. 866. — Geib, Lehrb. II S. 86.

[40]) Die sorgfältige Beachtung der Eigenthümlichkeit des Falles wird wohl fast immer das Dasein von überwiegenden Gründen der Straferhöhung oder Strafminderung herausstellen.

sondern weil in den unterstellten Fällen das Zünglein der Wage eben in der Mitte steht, sich weder auf die eine noch andere Seite herunter neigt, somit der Richter außer Stande wäre, den Ansatz einer höheren oder geringeren Strafe zu rechtfertigen[41]).

Bei alternativen Strafdrohungen von Freiheits- und Geldstrafen wird im Zweifel die letztere als die mindere und darum in den minder strafbaren Fällen anzuwendende zu betrachten sein[42]).

Art. 67.

Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn dem Handelnden zur Zeit der That wegen Blödsinnes, Wahnsinnes, Raserei, höchsten Grades der Betrunkenheit oder aus ähnlichen Ursachen die Fähigkeit der Selbstbestimmung oder die zur Erkenntniß der Strafbarkeit der That nöthige Urtheilskraft gänzlich gemangelt hat.

Gleiches gilt in dem Falle, wenn zur Zeit der That die Freiheit der Willensbestimmung des Handelnden durch Gewalt oder Drohung gegen ihn oder einen seiner in Art. 61 genannten Angehörigen oder durch Nothstand ausgeschlossen war.

Der Artikel faßt verschiedene Gründe der Ausschließung der Zurechnung zusammen:

Unzurechnungsfähigkeit in Folge von krankhafter oder sonst anomaler Schwäche oder Verwirrung des Geistes;

Unzurechenbarkeit in Folge von Gewalt, Drohung, Nothstand.

Beide Gründe sind auseinander zu halten.

§. 1. Zu Art. 67 Abs. 1. Unzurechnungsfähigkeit in Folge krankhafter oder sonst anomaler Schwäche oder Verwirrung des Geistes. — Prinzip. — Rückblick.

Das schwierige Problem der Aufstellung gesetzlicher Bestimmungen über die Aufhebung der Zurechnung auf Grund krankhafter oder sonst anomaler Schwäche oder Störung der Geistes- oder Gemüthskräfte hat das n. StGB.

---

41) Vgl. Krug, Komm. z. d. sächs. StGB. Art. 73 S. 163. — Motive zu dem Bad. StGB. §. 149.

42) S. oben S. 157. — Vgl. Anm. z. d. b. StGB. I S. 236. — Preuß. StGB. §. 12.

dadurch zu lösen gesucht, daß es ein allgemeines Kriterium … gänzlicher Mangel der Fähigkeit der Selbstbestimmung oder … kenntniß der Strafbarkeit der That nöthigen Urtheilskraft, … die au… geprägten und unzweifelhaften Formen geistiger … mentlich hervorhebt, mit dem Vorbehalt gleichmäßiger … wandt… Fälle.

Diese Behandlung der Sache möchte am besten … wend…ung in richtigen Geleisen zu erhalten. Es ist unb… hieher gehörigen Zustände in ausschließender Weise … Wissenschaft der gerichtlichen Psychologie in sachlicher … Hinsicht von ihrem Ausbau noch weit entfernt ist, und … empirischen Gebiete der fortschreitenden Erkenntniß in keiner … Gesetzgebung vorgegriffen werden darf. Eben so wenig … dem richterlichen Ermessen anheim gestellt werden, es ist vie… so wie bei anderen Aufhebungsgründen der Zurechnung A… setzgebers, ein leitendes Prinzip aufzustellen, dessen richtige… nur förderlich sein kann, wenn einige ausgeprägte Haupter… selben ausdrücklich namhaft gemacht werden.

Die Berechtigung zur Aufstellung eines solchen leiten… wird Niemand dem Gesetzgeber absprechen, der bedenkt, daß … Aufhebung der Zurechnung eine rein juristische ist, welche nur … Erkenntniß des Wesens der Schuld und Zurechnung gelöst … so wenig andererseits die Bedeutung der psychologischen … kannt oder deren berechtigter Einfluß auf Gesetzgebung … verkümmert werden soll. —

In ähnlicher Weise wie das neue hatte schon das … Aufgabe zu lösen versucht durch Aufstellung eines allgem… Hervorhebung einzelner Zustände [1]); das erste ist ge… lichen Verlust des Gebrauches des Verstandes, auf ei… Verwirrung der Sinne oder des Verstandes, worin sich … Handlung oder ihrer Strafbarkeit nicht bewußt gewesen." … nachfolgenden Entwürfe, indem sie als Kriterium den Verlust des Vernunftgebrauches voranstellen [2]).

Der Entwurf v. J. 1853 Art. 65 beschränkt sich auf die Aufstellung des allgemeinen Satzes, daß die Strafbarkeit einer Handlung wegen Störung des Vernunftgebrauches dann ausgeschlossen sein soll, wenn zur Zeit ihrer

[1]) Art. 120 Ziff. 2, Art. 121 Ziff. 9. — Anm. I S. 303.
[2]) Entw. 1822 Art. 67; 1827 Art. 57; 1830 Art. 81; 1851 Art. 65.

Handelnde durch Geisteszerrüttung oder Blödsinn seines Vernunftgebrauches beraubt war oder sich in einem vorübergehenden Zustand der Bewußtlosigkeit oder einer gänzlichen Verwirrung der Sinne oder des Verstandes befunden hat.

Diese Aufstellung wurde von dem Ref. II bekämpft, und veranlaßte in den Ausschußverhandlungen eingehende Debatten[3]).

Ref. II nahm bei der herrschenden Verwirrung der Ansichten und des Sprachgebrauches Anstoß an der Exemplifikation und Aufzählung der einzelnen Fälle. Er wollte nur einen prinzipiellen Satz, und schlug als solchen vor, daß „die Strafbarkeit einer Handlung ausgeschlossen sein soll, wenn zur Zeit ihrer Begehung dem Thäter die geistige Selbstbestimmungsfähigkeit oder die zur Erkenntniß der Strafbarkeit der Handlung nöthige Urtheilskraft gänzlich gemangelt hat.“

Es wurde hiegegen erinnert, daß sich hinter dem vagen Ausdrucke „geistige Selbstbestimmungsfähigkeit“ zu leicht jene Versuche flüchten könnten, welche den leidenschaftlichen Antrieb zum Verbrechen zu einem Aufhebungsgrunde der Zurechnung stempeln wollen; ferner, daß jene Fassung anerkannte Formen geistiger Zerrüttung nicht in sich fasse, indem z. B. einem Narren die geistige Selbstbestimmungsfähigkeit und Urtheilskraft keineswegs gänzlich mangle. Weiter wurde sehr richtig bemerkt[4]), daß die vorgeschlagene Formel auch die Unzurechnungsfähigkeit wegen jugendlichen Alters begreife. Für die Seelenstörungen ausschließlich, und zwar sowohl die vorübergehende Aufhebung des Vernunftgebrauches als auch die Seelenkrankheiten, zu treffen, wurde daher[5]) eine andere, dem Thüringischen StGB. sich anschließende Fassung vorgeschlagen: „Ein Verbrechen ist nicht vorhanden: 1) wenn eine Person bei Verübung einer gesetzwidrigen That durch Seelenkrankheit des Gebrauches ihrer Vernunft völlig beraubt war; 2) wenn sich dieselbe zur Zeit der That in Folge einer Krankheit oder anderer Umstände im Zustande der völligen Bewußtlosigkeit befunden hat.“ Dieser Vorschlag erhielt auch die Genehmigung der Mehrheit des Ausschusses (S. 198 a. a. O.); in der nächsten Sitzung ist jedoch auf den Antrag Paur's (S. 199) die Diskussion über den Artikel wieder aufgenommen worden. Paur schlug die Formel vor: „Eine That kann als Verbrechen nicht zugerechnet werden, wenn dem Handelnden zur Zeit der Begehung der That die Willensfähigkeit oder die zur Erkenntniß der Strafbarkeit der That nöthige Urtheilskraft gänzlich gemangelt hat.“

---

3) Ref. II, S. 46; Beil. II, 1 S. 196.
4) Edel a. a. O. S. 197.
5) Von Demselben.

Art. 67. — 1. Unzurechnungsfähigk. w. Trunkh. od. sonst anomaler Gemüthszustände … die Freiheit der Willens- … gegen ihn oder … eingetretenen …

„Gleich … ist der Fall, wenn zur Zeit der That die Freiheit der Willensbestimmung des Handelnden durch Gewalt oder Drohung … einen … oder Angehörigen oder durch einen … Nothst… ausgeschlossen war."

Wie man sieht, so ist dieser Vorschlag mit dem … tisch, nur daß statt „Selbstbestimmungsfähigkeit" … fähigkeit" als unverfänglicher und klarer eingestellt ist.

Bei der hiedurch veranlaßten Erörterung (a. a. O. … über die Nothwendigkeit der Aufstellung eines prinzipiellen … starken, so wie auch darüber, daß keine gesetzliche Fassung den Richter von der Beachtung der Eigenthümlichkeit … namentlich hinsichtlich der zweifelhaften Fälle von Seelen… binden. Von mehreren Seiten wurde aber zugleich eine … abstrakten Grundsatzes durch Hervorhebung solcher Fälle … man „seit Jahrhunderten" in den Lehrbüchern und Gesetzen … und so ist denn auch mit dieser Ergänzung die obige Form … v. J. 1860 Art. 68 und in das StGB. Art. 67 Abs. 1 … [illegible]

Im Allgemeinen ist gleich hier darauf hinzuweisen, … und Exemplifikation gegenseitig beleuchten und erklären. … besonderen Zustände heben die Zurechnung nur dann … auf, wenn und so weit das prinzipielle Kriterium bei ihnen … Prinzip selbst erhält seine genauere Bestimmung und … ständniß aus dem Wesen der besonders hervorgehobenen … Es ergibt sich hieraus insbesondere, daß unter der Fähigkeit … stimmung — welche als solche auch dem Geisteskranken … gesprochen werden kann — eben nur die mit der Freiheit … liche Fähigkeit der freien Selbstbestimmung verstanden …

Es ist nun die Aufgabe, zuvörderst die vom Gesetze … Zustände, so weit dieses dem Strafrichter zur Erkenntniß … Würdigung derselben nöthig ist, an der Hand der Wissenschaft …

*) Die Verbindung eines allgemeinen Grundsatzes mit der Hervorhebung einzelner Fälle findet sich auch im Hanov. StGB. Art. 83, Württemb. Art. 97, Hess. Art. 37, Bad. §. 71, 75. — Nur das Prinzip geben Oesterr. StGB. §. 2, Braunschw. Art. 30, k. Sächs. Art. 86 und 87. — In das Preuß. StGB. §. 40 ist der Art. 64 des Cod. pén. fast wörtlich übergegangen: „Ein Verbrechen oder Vergehen ist nicht vorhanden, wenn der Thäter zur Zeit der That wahnsinnig oder blödsinnig oder die freie Willensbestimmung desselben durch Gewalt oder durch Drohung ausgeschlossen war."

zeichnen¹); sofort das Gebiet der analogen Fälle zu bestimmen, und endlich gegen jene Afterformen der Seelenstörung Verwahrung einzulegen, welche von manchen Seiten nicht ohne Gefahr für die Interessen der Strafrechtspflege als Aufhebungsgründe der Zurechnung geltend gemacht worden sind.

Im Verlaufe dieser Erörterung wird sich von selbst Veranlassung bieten, auf den Gehalt und die Bedeutung des vom Gesetzgeber aufgestellten allgemeinen Kriteriums der Unzurechnungsfähigkeit wegen unfreier Gemüthszustände zurück zu kommen.

§. 2. Zu Art. 67 Abs. 1. Forts. Blödsinn²).

Unter Blödsinn ist i. w. S. jeder habituelle Schwächezustand der höheren geistigen Fakultäten verstanden. Er kömmt von der bloßen Verstandesschwäche bis zum Idiotismus in verschiedenen Abstufungen vor, deren Gränzen im Allgemeinen schwer festzustellen sind.

Außer Frage ist die Unzurechnungsfähigkeit jener Unglücklichen, welche das Zerrbild völliger Verthierung — den Kretinismus, Idiotismus — zur Schau tragen, deren Auffassungs- und Willensvermögen völlig gelähmt ist, ohne daß gleichwohl dadurch heftige Ausbrüche gemüthlicher Aufregung ausgeschlossen sind.

Auch die mittlere Stufe des Blödsinnes wird die Zurechnungsfähigkeit

---

¹) S. die Uebersicht der neueren Schriften über das Gesammtgebiet der gerichtlichen Psychologie von Dr. E. Buchner in der Münchener Kritischen Vierteljahresschrift IV (1862) Heft 4 S. 481. — Noch ist anzuführen: Morel, B. A., traité de maladies mentales, Paris 1860. — Brosius, Dr., die Elemente des Irrsinns, 1865. Hervorzuheben sind die von der Anerkennung der sittlichen Grundlagen des Strafrechtes ausgehenden Schriften von C. Wilh. Ideler, Lehrbuch der gerichtlichen Psychologie 1857; desselben Abh. in Goltdammer's Archiv f. preuß. Strafr. Bd. I, II und IV; ders. zur gerichtl. Psychologie, Auswahl von Entscheidungen der k. wissenschaftl. Deputation für das Medizinalwesen, Berlin 1855. — Joh. Ludw. Casper, prakt. Hdb. der gerichtl. Medizin. Biolog. Thl. 1858 S. 58 f. — Noch immer beachtenswerth: Adolf Henke, Abh. aus dem Gebiete der ger. Medizin, Bd. II. — Aus der jurist. Literatur: Mittermaier im n. Archiv d. KrR. 1835 S. 93, 107. — Jarcke, Ed., in Hitzig's Zeitschr. f. preuß. KrR. XI, auch besonders gedruckt 1829. — Viele psychologische Ausführungen in Feuerbach's aktenm. Darst. merkw. Verbr. Bd. I und II (1828, 1829).

²) Ideler, Lehrb. S. 276 f. — Casper, Hdb. S. 620. — Jarcke a. a. O. S. 142.

ausschließen, welche als Stumpfsinn, Fatuität ... ferne auch hier die Fähigkeit der Selbstbestimmung ... auch ... ganz aufgehoben, so doch in hohem Grade ... ein ... unzulängliches Unterscheidungsvermögen hinsichtlich der rechtl... Beschaffenheit des Thuns und Lassens ...

Dagegen kann die bloße Verstandesschwäche ... Schwachsinn, Albernheit, stupiditas, imbecillitas, ... fall ...der Gedächtnißschwäche, Mangel an Aufmerksamkeit ... über das Einfachste hinausgehenden Aufgaben des Denkens ... nicht schlechthin, sondern nur unter sorgfältiger Prüfung des einzelnen Falles einen Aufhebungsgrund der Zurechnung ... wird darauf ankommen, ob der Thäter die thatsächlichen ... die Folgen seiner That zu übersehen und die Strafgesetz... zu erkennen im Stande war. Hiebei wird u. a. die ... Delictes einflußreich sein. Auch einem Dummen läßt sich ... die Strafbarkeit gemeiner Verbrechen, — des Diebstahls, der Brandstiftung u. dgl. — einsieht, während wir geneigt ... Verbrechen von weniger handgreiflicher Natur und einem abstr... ideelleren Charakter wie Meineid u. dgl., kein Unterscheidungs... Zweifel zu ziehen. —

Selbstverständlich sind als Blödsinnige auch jene zu ... aus Altersschwäche u. dgl. den Gebrauch ihres Verstandes ...

§. 3. Zu Art. 67 Abs. 1. — Fortsetzung. Raserei [10]).

Der Wahnsinn (Verrücktheit i. w. S.) ist das Se... das Selbstbewußtsein des Menschen oder die Erke... mit den Gesetzen der Vernunft und Erfahrung in ... Er äußert sich in einer Verrückung des Bewußtseins ... Wahnvorstellungen, welche im Geiste des Kranken Wurzel ... Der Wahn aber beginnt, sobald der Mensch die geistige Fähigkeit verliert, falsche Vorstellungen als solche zu erkennen und zu berichtigen.

Nach seiner psychischen Abgränzung ist der Wahnsinn ein allgemeiner — Tollheit, Verrücktheit, amentia, dementia i. e. S., — wenn die ...

*) Das k. StGB. Art. 120 Ziff. 4 hat diesen letzteren Zustand als Aufhebungsgrund der Zurechnungsfähigkeit ausdrücklich hervorgehoben. ... in Goltdammer's Archiv I S. 443.

10) Ideler, Lehrb. S. 215, 239, 251, 279; — Casper a. a. O. S. 477.

Wahnvorstellungen in regellosem Wechsel die Seele des Kranken überfluthen, so daß dieselbe gleichsam steuerlos in einem Wirbel von ungereimten Vorstellungen und Phantasmen herumtreibt und von einem Trugbilde zum andern gejagt wird. — Der Wahnsinn ist ein partieller oder fixer, Monomanie, wenn der Geist des Kranken an einzelne Wahnvorstellungen oder an einen kleinen Kreis mit ihnen zusammenhängender Täuschungen gefesselt ist, während in allen übrigen Beziehungen die normale Thätigkeit der Vorstellungs- und Einbildungskraft nicht gestört erscheint[11]).

1) Der partielle Wahnsinn gibt zu mehreren Bemerkungen Anlaß.

a) Mit sog. fixen Ideen ist nicht selten auch der geistig Gesunde behaftet, so ferne gewisse falsche Vorstellungen sich seiner Verstandes- und Einbildungskraft bemächtigt haben, welche er hegt, und gegen die er Bedenken des zweifelnden Verstandes nicht aufkommen läßt[12]).

Das Kriterium zwischen Zurechnungsfähigkeit und Unfähigkeit kann in dieser Beziehung nur darin beruhen, ob der Mensch im Stande ist, die ihn fesselnde fixe Idee als solche zu erkennen und mit dem zügelnden Verstande zu beherrschen, oder ob die fixe Idee die Herrschaft über ihn gewonnen hat[13]).

b) Indem der partielle Wahnsinn nur in einer theilweisen Verfinsterung des Geistes besteht, ist durch denselben in allen übrigen Beziehungen die Verstandesthätigkeit nicht ausgeschlossen. Die Erfahrung zeigt, daß sich bei unzweifelhaften Monomanen unzählige Beweise finden von Klugheit, Ueberlegung, zweckmäßiger Auswahl der Mittel, scharfsinniger List, reiflicher [illegible] hartnäckiger Vertheidigung der wahnwitzigen Voraussetzungen u. s. [illegible] Dialektik in [illegible]. Es wäre daher ein großer Mißgriff, wollte sich der Straf-

11) Nach den verschiedenen Beziehungen der Wahnvorstellungen werden von den Psychologen mehrfache Formen des partiellen Wahnsinnes unterschieden: religiöser Wahnsinn mit der in den Annalen der Strafrechtspflege nicht selten vorkommenden Dämonomanie (Teufelswahn; vgl. einen Klein's Annalen d. KrR. Bd. XVI entnommenen Fall bei Jarcke a. a. O. S. 162); der [illegible] Wahnsinn, wenn er sich auf Verhältnisse des Besitzes, der Macht, Ehre bezieht; der Verfolgungswahn, bestehend in der irren Angst vor eingebildeten Verfolgungen und Nachstellungen; die wahnsinnige Eifersucht, der hypochondrische Wahn, die Erotomanie (Selbsttäuschung über Geliebtsein) u. s. w. — Als Wahnwitz oder Aberwitz bezeichnet man den Wahnsinn, wenn sich die Wahnvorstellungen auf Uebersinnliches; als Narrheit, wenn sie sich auf die eigene Person des Wahnsinnigen beziehen.

12) S. die geistvolle Erörterung bei Feuerbach a. a. O. II S. 318 f.

13) Als diagnostisches Kennzeichen gibt Casper a. a. O. S. 528 an, ob der Mensch die Berührung der fixen Idee ertragen kann, ohne sofort leidenschaftlich zu reagiren oder nicht.

richter durch solche und ähnliche Züge reger Verstandesthätigkeit der […] Zurechnungs[…] falls in so weit […] zu der That des
handen […] partieller Verrücktheit zur Annahme der […] auf Rechnung
leiten […]ssen 14).

Der partielle Wahnsinn muß die Zurechnungs[…] unter sorgfältiger
aufhe[…], als eine innere Beziehung der Wahnvorstellung […]
Gesetzen ersichtlich ist. Ob auch andere Rechtsver[…]
der partiellen Störung zu setzen sind, ist im einzelnen […]
tige Berücksichtigung der Motive und der psychischen […]
che[…]ischen Vorsatzes zu beurtheilen. Es ist nicht nur al[…]
die Gränzen der Herrschaft einer fixen Idee im Gemüt[…]
fa[…]genen zu bestimmen; es ist auch eine nicht seltene E[…]
scheinbar besonnenste und ruhigste Wahnsinnige plötzlich […]
krankhafte Ideenverbindung, durch eine geringfügige äußer[…]
einen unvorhergesehenen Anfall von Verrücktheit und Tob[…]
Steht somit fest, daß eine gesetzwidrige That während […]
partiellen Störung verübt ist, so ergibt sich der nothwe[…]
deren Unzurechenbarkeit, gleichviel, ob sie unmittelbar au[…]
Motive der Störung entsprungen ist oder nicht.

2) In Bezug auf seinen Verlauf ist der Wahnsinn b[…] — und zwar
in der Mehrzahl der Fälle — ein anhaltender, chronischer […] bald ein inter-
mittirender oder aussetzender, wenn die Anfälle mit sog. lichten Zwischen-
räumen wechseln, in welchen der Kranke wirklich oder anscheinend zum freien
Gebrauche seines Verstandes zurückgekehrt ist, um gelegentlich denselben wie-
der zu verlieren.

Da das Gesetz zur Annahme der Unzurechnungs[…]
Richtung verlangt, daß der Thäter zur Zeit der Th[…]
[…] sei, so könnte, strenge genommen, bei Handlungen, welche in einem
[…]weislichen lucidum intervallum begangen sind, au[…] die früher, aber
[…]getretene Geistesstörung des Thäters eine entschei[…]
genommen werden. Auch hier aber wird der Strafrichter mit größter Be-
hutsamkeit zu verfahren haben, da sich feste Gränzen zwischen wirklicher
Heilung und bloßer Nichtäußerung früherer Geistesstörung nicht ziehen
lassen 15).

3) Von den verschiedenen Erscheinungsformen des Wahnsinnes ist noch
besonders die Melancholie und die Raserei hervorzuheben.

14) Idler, Lehrb. S. 255; in Goltd. Arch. I S. 622.
15) Idler, Lehrb. S. 284. — Vgl. Wächter, Komm. z. sächs. StGB. I
S. 336 Note. — Breidenbach, Komm. z. hess. StGB. I S. 503, 504.

Unter Melancholie oder Schwermuthswahnsinn ist die mit Wahnvorstellungen verbundene höchste Steigerung der deprimirenden Gemüthsaffecte zu verstehen. Liegt das Motiv der That in solchen Wahnvorstellungen, oder hat das Gemüthsleiden die völlige Lähmung der freien Selbstbestimmungsfähigkeit hervorgebracht (sog. Abulie), so ist die Unzurechnungsfähigkeit außer Zweifel.

Die Raserei (Tobsucht, Manie) ist die durch chronisches fieberloses Irrereden mit dem Charakter der Aufreizung sich äußernde Form des Wahnsinnes, welche sich zu Wuthausbrüchen steigert, wenn das Gemüth des Kranken von einem gewaltthätigen Zerstörungstriebe ergriffen wird [16]. — Schließlich ist noch zweier angeblichen selbständigen Formen des Wahnsinnes zu gedenken, welche in den Gutachten der Sachverständigen nicht selten gebraucht werden, um für schwere Verbrechen die Straflosigkeit zu deduziren: der vorübergehenden Tobsucht und des versteckten Wahnsinnes.

Der vorübergehende Tobsuchtswahn — mania transitoria, furor transitorius — soll jener Zustand sein, wo der Mensch ohne alle vorangehenden Zeichen einer Seelenstörung in einen Anfall von Raserei verfällt, welcher rasch vorübergeht, und entweder gar nicht oder erst nach sehr langer Zeit wiederkehrt; die Seelenstörung soll hier wie ein daemon ex machina urplötzlich in einer verbrecherischen That hervorbrechen, um sofort wieder spurlos zu verschwinden.

Der versteckte Wahnsinn, amentia occulta, sodann soll jene Seelenstörung sein, welche sich durch kein äußeres Kennzeichen verräth, und weder als zukünftig vorausgesehen noch als gegenwärtig erkannt werden kann, welche aber den Menschen mit dem dunkeln Drange erfüllt, in einer verbrecherischen Handlung Erleichterung seines belasteten Gemüthes zu suchen [17].

Die Gefährlichkeit dieser Theoreme für die Strafrechtspflege liegt zu Tage. Enthält ein leidenschaftlicher verbrecherischer Ausbruch in sich schon als solcher den Beweis der Seelenstörung; ist die einer verbrecherischen That vorausgegangene Beängstigung des Gemüthes für sich schon Beweis genug dafür, daß das Verbrechen unter dem Einflusse einer Seelenkrankheit

---

16) Ideler Lehrb. S. 266. — Casper S. 480. — Ueber die sog. Monomanie s. S. 425.

17) Der Erfinder dieser Krankheitsform, Platner, definirt dieselbe als Nisus et conatus animi oppressi ad actionem violentam, hanc actionem secreto appetentis et molientis, tanquam suae oppressionis levamen et liberationem. Eine neuere Vertheidigung: Löwenhardt in Goltdammer's Archiv I. S. 760 f.

verübt ist, so ist es ein Leichtes, gerade die schwersten Verbrecher … Irren zu stempeln, wenn sie nur in einem leidenschaftlichen … gehandelt haben, oder wenn der vorausgegangene Kampf … wissen … dem verbrecherischen Antriebe sich in Anzeichen … und ge… Walten Gemüthes kund gegeben hat.

Zum Glücke ist der Strafrichter durch die Autorität … der Kriminalpsychologie gedeckt, wenn er darthut, … aus solchen gewaltsamen verbrecherischen Ausbrüchen … Seelenstörung konstruirt werden kann, daß vielmehr die wirkliche Seelenzerrüttung ohnehin nachgewiesen sein müsse, … Unzurechenbarkeit jener Ausbrüche mit Grund angenommen … Dieses kann sich aber nur aus der sorgfältigsten Prüfung des Falles ergeben, wobei allerdings die Thatsache nicht zu ignoriren …, manche Seelenkranke ihre krankhaften Empfindungen und … vor der Außenwelt schlau und konsequent zu verbergen wissen, … der Macht des wahnwitzigen Antriebes überwältigt, zur That …

Ganz ebenso hat sich der Strafrichter gegenüber der sog. … Antriebes durch einen gebundenen Vorsatz … worunter einzelne Psychologen [19]) verschiedenartige Gemüths… sammengefaßt haben, durch welche die Zurechnung ausgeschlossen …, ohne sich durch deutliche Geistesstörung zu charakterisiren.

„Die Vertheidiger," bemerkt Ideler (a. a. O. S. …), „welche diese und ähnliche Lehren gelegentlich zur Ver… Klienten gebrauchen wollen, mögen bedenken, daß die letzte … wirklich Schonung gebührt, diese weit sicherer durch zweck… machung der für die geminderte Zurechnung sprechenden … können."

§. 4. Zu Art 67 Abs 1. Forts. — Höchster Grad von Trunkenheit [20]).

Durch den höchsten Grad der Trunkenheit soll die Zurechnung aufgehoben werden, wenn durch denselben die Selbstbestimmungsfähigkeit oder …

---

18) Ideler, Lehrb. S. 315 f., 332; in Goltd. Archiv II S. 4, IV S. 304 (über die Amentia occulta). — Casper, Hdb. S. 483 f.

19) Insbes. Hoffbauer, Psychol. in ihren Hauptanwend. auf d. Rechtspflege, 1808, S. 313.

20) Casper, Handb. S. 553. — Vgl. Feuerbach a. a. O. II S. 684. — Friedreich, … S. 1 f. — Mittermaier im N. Archiv d. CrR. Bd. XII … — Wächter, Commentar … System der gerichtl. Psychologie, 2. Aufl. Kap. 16. — … Gerichtszeitung 1863 S. 561 … S. 346. — Geyer in d. Allg. österreich. Gerichts…

StGB.

die zur Erkenntniß der sittlichen und rechtlichen Eigenschaft der That erforderliche Urtheilskraft zur Zeit der That völlig[21]) aufgehoben war. Ob die Trunkenheit eine verschuldete[22]) oder unverschuldete war, ist gleichgiltig. — Jene Wirkung der Trunkenheit ist aber nur dann anzunehmen, wenn dem Trunkenen das richtige Bewußtsein seines Verhältnisses zur Außenwelt und die Fähigkeit, sein Thun nach dessen sittlicher und rechtlicher Beziehung zu beurtheilen, zu entschwinden beginnt und er die moralische Kraft verliert, den in ihm hervorbrechenden verbrecherischen Leidenschaften einen Zügel anzulegen. Tobsüchtiges Irrereden, Halluzinationen und Phantasmen, oder auch eine dem Blödsinne ähnliche psychische Depression werden häufig die begleitenden Symptome des zum höchsten Grade gesteigerten Rausches sein, während die plötzliche Versenkung des Trunkenen in den todesähnlichen Trunkschlaf ein nachfolgendes Kennzeichen desselben bildet[23]). —

---

21) Nach dem ä. StGB. wurde durch die Trunkenheit die Zurechnung nur aufgehoben, wenn sie sich darstellt als unverschuldete Verwirrung der Sinne oder des Verstandes. Die Subsumtion der Volltrunkenheit unter diese Bestimmung unterlag in der bayer. Praxis keinem Anstande. — Die französische Praxis dagegen hat die Subsumtion der Trunkenheit auch in ihrem höchsten Grade unter die démence des Art. 67 des Cod. pén. beharrlich abgelehnt (sowie auch das englische Recht den Berauschten keineswegs von der Verantwortlichkeit für das im Rausche Verübte entbindet, s. Stephens-Mühry, S. 10), und derselben nur die Bedeutung eines Strafmilderungsgrundes eingeräumt. Chauveau-Hélie, théorie Vol. II p. 242. Die preußische Rechtsprechung nimmt dagegen keinen Anstand, die „sinnlose Trunkenheit" unter den im Art. 40 neben der Raserei und dem Blödsinne ausschließlich erwähnten Wahnsinne zu subsumiren. Das österr. R. straft die in der Trunkenheit verübten Rechtsverletzungen als Uebertretungen, I §. 523, II §. 267, und läßt Schärfung eintreten, wenn dem Thäter aus Erfahrung bewußt war, daß er im berauschten Zustande heftigen Gemüthsbewegungen ausgesetzt sei.

22) Das ä. StGB. (s. oben Note 21) verlangte eine unverschuldete Verwirrung der Sinne, so daß bei einer freiwillig herbeigeführten Berauschung höchsten Grades die Zurechnung zur Culpa übrig blieb. — Dies fällt jetzt hinweg, vorbehaltlich der späteren Ausführungen über die actio libera in causa.

23) Auf einer niedrigeren Stufe kann der berauschte Zustand des Thäters nur als Grund der geminderten Zurechnung in Betracht kommen, soferne durch denselben eine erhebliche Trübung des Bewußtseins oder Schwächung der Selbstbestimmungsfähigkeit herbeigeführt ist. Ueber die verschiedenen Abstufungen der Trunkenheit s. Berner, Lehrb. §. 79; Casper a. a. O. S. 553; vgl. auch Ad. Henke, Abhandl. IV S. 24. — Da es der richterlichen Beurtheilung in concreto überlassen

… 67 Abs. 1. Unzurechnungsfähigkeit aus ähnlichen Ursachen. [illegible] der Trunk- [illegible] ist als beson-

Der [illegible] 18. Säuferwahnsinn, als die in Folge der Laster [illegible] sucht oder Trunkfälligkeit hervortretende geistige Zerrüttung [illegible] dere Form des Wahnsinnes zu würdigen.

§. 5. Zu Art. 67 Abs. 1. Fortsetzung. Unzurechnungsfähigkeit aus ähnlichen Ursachen.

[illegible] Als psychische Zustände, welche den bisher besprochenen gleich [illegible] ihnen geeignet sind, die Zurechnungsfähigkeit aufzuheben, [illegible] erwähnen:

1) Epileptische Anfälle. Was ein Epileptischer in [illegible] mus Gesetzwidriges begeht, kann ihm nicht zugerechnet werden, [illegible] liche Aufruhr des Nervensystemes ihn der Besinnung völlig [illegible] in eine Gemüthsaufregung versetzt, welche ihn bei der ge[illegible] lassung unwiderstehlich zu gewaltsamen Ausbrüchen fortreißt.

2) Die sg. Schlafzustände, Schlaftrunkenheit, Nachtwandeln (Somnambulismus). — Es bedarf keiner weiteren Ausführung, [illegible] wie auch im Zustande vorübergehender Betäubung (durch nar[illegible]) an jeder Bedingung der freien Selbstbestimmung und damit [illegible] lichen Voraussetzung der Zurechnungsfähigkeit mangelt [25].

3) Der zur Erkenntniß der Strafbarkeit ihres Thuns [illegible] nöthigen Urtheilskraft ermangeln ferner solche, welche durch [illegible] der Natur oder durch Zufall oder fremdes Verbrechen außer[illegible] lichen Umganges oder der Gemeinschaft der Sprache gesetzt [illegible]

---

bleiben muß, ob der Rausch in einem die Zurechnung aus[illegible] [illegible]enden Grade vorhanden war oder ob ihm kein Einfluß [illegible] [illegible]ung beigelegt werden kann, so hat die Aufstellung solcher [illegible] wenig praktischen Werth. [illegible]

Vgl. Ideler, Lehrb. S. 321; Goltd. Archiv I S. [illegible] a. a. O. S. 558. [illegible] 641. — Casper [illegible]

[24]) Ideler, Lehrb. S. 194. [illegible]

Hinsichtlich solcher Handlungen, welche nicht mit den Ausbrüchen der Krankheit unmittelbar zusammenfallen, können die Epileptischen zwar keineswegs für unzurechnungsfähig erklärt werden; es ist indeß epileptischen Inkulpaten auch hier eine besondere Berücksichtigung zuzuwenden, da der gleichsam verwüstende Einfluß der Epilepsie auf das ganze Gemüthsleben nicht in Abrede zu stellen ist.

[25]) S. insbes. Casper a. a. O. S. 570; daselbst auch Beispiele. — S. noch Klein's Annalen des preuß. Krim.R. Bd. VIII S. 51; Ad. Henke, Zeitschr. f. [illegible]ger. Med. 1851 S. 346.

durch das Wort und die Fähigkeit zu dessen Auffassung — vermittelten Kenntniß von Recht und Unrecht entbehren.

Hieher gehören zunächst jene Unglücklichen, welche in jugendlichem Alter vor erlangter Verstandesbildung von der menschlichen Gesellschaft ausgestoßen und in einen Zustand von Wildheit oder gänzlicher geistiger Verwahrlosung [26]) gerathen sind.

Desgleichen Taubstumm geborene oder solche, welche in früher Kindheit um Gehör und Sprache gekommen sind, — soweit nicht durch Unterricht oder Umgang mit gesitteten Menschen gleichwohl die Fähigkeit freier Selbstbestimmung und der Unterscheidung zwischen Gut und Böse, Recht und Unrecht nachweisbar in ihnen entwickelt und ausgebildet ist [27]). Ob letzteres im Allgemeinen und hinsichtlich des vorliegenden Deliktes insbesondere der Fall sei, hat der Richter unter Beiziehung der geeigneten sachverständigen Beihilfe zu ermitteln.

Zu beachten ist hiebei namentlich die Stufe der geistigen Ausbildung des Taubstummen; es ist denkbar, daß derselbe zwar die Strafbarkeit eines Diebstahles, Mordes, einer Nothzucht u. dgl. begreift, aber nicht die einer Injurie, Fälschung, Fundvorenthaltung u. dgl. [28]).

§. 6. Zu Art. 67 Abs. 1. Fortsetzung. Verwahrung.

Aeltere und neuere Aufstellungen und Vorkommnisse in den Theorien der Psychologen wie in der Praxis der Strafgerichte veranlassen noch folgende Verwahrungen gegen einzelne, besonders nahe liegende, mißbräuchliche Anwendungen des vom Gesetze in Art. 67 Abs. 1 vorangestellten Prinzipes.

---

26) Wie z. B. Caspar Hauser. — Vgl. Feuerbach, Caspar Hauser, Beispiel eines am Seelenleben begangenen Verbrechens. Ansb. 1832. ... a. a. O. S. 632.

27) Das frühere StGB. Art. 120 Ziff. 5 hatte der Taubstummen besonders gedacht und ihre Unzurechnungsfähigkeit als Regel aufgestellt, „woferne sie nicht über Unerlaubtheit und bürgerliche Strafbarkeit ihrer Handlung gehörig unterrichtet worden sind und sonst ihre Zurechnungsfähigkeit außer Zweifel ist," — in welch' letzterem Falle sie wie Minderjährige bestraft werden sollen. Beispiele: Hitzig's Zeitschr. f. Pr. StR. IX S. 333 f. Bechter, Kommentar I S. 330.

28) Es wäre unzulässig, den Blinden den Taubstummen hinsichtlich der Zurechnungsfähigkeit gleichzustellen (wie z. B. Friedreich, Handb. d. gerichtl. Psychologie S. 473 thut), da der Blinde in dem Gehöre und in der Sprache genug Media besitzt, welche ihn des Unterrichtes und der Aufnahme sittlicher Begriffe und Unterscheidungen fähig machen. Eben so in anderer Weise der blos Stumme oder der blos Taube. Breidenbach, Kommentar I S. 496.

1) Leidenschaft, Affekt[29]).

Gegenüber den in wechselnder Einkleidung sich stets er... suchen, d... Zustand leidenschaftlicher Erregung und des Aff... hebungsg... der Selbstbestimmungsfähigkeit ... geltend ... machen, ist der Strafrichter zugleich und ... ungen und auf die Fundamentalsätze der Zurechnung zu ... Alle rechtliche und sittliche Zurechnung beruht auf ... der Mensch, so lange er geistig nicht gestört ist, seine ... schaftlichen Antriebe, seien sie noch so heftig, beherrschen kann und soll, daß also seine Nachgiebigkeit gegen dieselben somit eine verschuldete und strafbare ist. Die Berufung auf ... stehlichkeit des leidenschaftlichen Antriebes kann also hinsicht... nungsfrage selbst da nicht beachtet werden, wo sie, wie z. B. b... der Schwangeren, der Reizbarkeit des Trunkenboldes, immer ... tischen Prädispositionen zusammenhängt.

Hiemit findet sich die Strafgesetzgebung in vollkommene... indem sie dem Affekte des Zornes beim Todtschlage und bei ... letzung nur einen strafmildernden, keinen strafaufhebenden Einflu... und nur den unverschuldeten Affekt desjenigen, der in Fol... widrigen Angriffes aus Ueberraschung, Bestürzung, Furcht ... die Gränzen erlaubter Nothwehr überschritten hat, die Zu... aufheben läßt[31]). Abgesehen hievon kann auch dem höchsten ... schaftlicher Aufregung eine strafaufhebende Wirkung nur ...

---

[29]) Unter Leidenschaft ist die einseitige Steigerung des Gefühlsvermögens verstanden. Unter Affekt die rasch eintretende u... ...hende höchste Steigerung der Leidenschaft.

Vgl. hierüber, sowie über die richtige Beurtheilung ... ...vers, prakt. Arbeiten (1836) S. 259. — Feuerba... I S. 453, II S. 243. — Jarcke in Hitzig's Zeitschr. ... Wächter, Commentar S. 353. — Berner, Imputation ... S. 122 ... Ideler, Lehrb. S. 112; in Goltd. Archiv II S. 3. — Casper a. a. O. S. 116 ... S. 576.

[30]) PGO. K. Karls V. Art. 137. — Ae. StGB. Art. 151. — N. StGB. Art. 229, 235.

[31]) In demselben Sinne hat das ä. StGB. nur dann einen Strafminderungsgrund angenommen, „wenn der Thäter in einer zufällig entstandenen und an sich zu entschuldigenden Leidenschaft oder Gemüthsbewegung gehandelt hat," während umgekehrt die Strafbarkeit steigen soll, je bösartiger und gefährlicher die Begierden und Leidenschaften gewesen sind, aus welchen er gehandelt hat, Art. 93 Ziff. IV, V; Art. 92 Ziff. V.

werden, wenn er in eine wahre Seelenstörung umgeschlagen ist, wenn also der Mensch das richtige Bewußtsein der Außenwelt verloren hat. Ob dieses der Fall, muß der Beurtheilung des einzelnen Falles überlassen bleiben [32]). Dies gilt namentlich hinsichtlich der sg. Zornwuth, Zorntrunkenheit, auch excandescentia furibunda genannt, welche in der äußeren Erscheinung mit den Anfällen von Tobsucht und Raserei große Aehnlichkeit hat [33]). Gegen die Aufstellung derselben als selbständige Form der Seelenstörung ist dieselbe Verwahrung einzulegen, zu welcher unten hinsichtlich der sg. amentia occulta und des furor transitorius sich Veranlassung bieten wird.

2) Monomanien.

Als ein direkter Angriff auf die Grundlagen der Sittlichkeit und der Strafrechtspflege muß die von nur zu vielen psychologischen Schriftstellern vertretene Theorie der krankhaften Triebe — Irrtriebe, unwiderstehliche Antriebe, Monomanien — gebrandmarkt werden. Bei hellem Bewußtsein und völliger Erkenntniß der Sträflichkeit der That soll der Monomaniacus vermöge eines unwiderstehlichen inneren Dranges fortgetrieben, dadurch seiner Selbstbestimmungsfähigkeit beraubt und außer Zurechnung gestellt werden. Als solche Irrtriebe ist der Stehltrieb, der Brandstiftungs- und Mordtrieb angenommen und denselben die Trunksucht beigesellt worden [34]). —

32) Vgl. den von Casper S. 579 mitgetheilten Fall wahnsinniger Zorntrunkenheit. — Der psychische Unterschied zwischen Affekt und wahrer Seelenstörung ist treffend dahin bezeichnet, daß der Affekt auf der Grundlage geistiger Gesundheit ruht, — indem er gleichsam nur wie ein Gewitter über das gesunde Gemüth dahinbraust, mit seinem Austoben aber das Gleichgewicht der Seele sich rascher oder langsamer wieder herstellt; während die Geistesstörung das Gemüth im Innersten bleibend ergreift, so daß dasselbe aus seiner Erschütterung nur schwer und langsam herauskommt.

33) Ira furor brevis. — In keinem Falle darf die thierische Wuth, welcher oft Verbrecher bei der Ausführung des lange vorher beschlossenen Verbrechens sich hingeben, als Symptom wirklicher Seelenstörung geltend gemacht werden. „Was würde auch die Folge sein, wenn ein solches Benehmen den Verbrecher straflos machen könnte? Der Verbrecher brauchte nur, um sich die Straflosigkeit zu sichern, recht grausam, wild, blutig zu sein, er brauchte sich nur in thierischer Wuth selbst zu überbieten, um straffrei auszugehen, — während er gestraft wird, wenn seine Leidenschaft jene dämonische Höhe nicht erreicht." — Feuerbach, merkw. Verbr. I S. 90. Jarcke a. a. O. Vgl. auch Casper S. 493.

34) Sehr gut bemerkt Casper a. a. O. S. 583, es sei nicht abzusehen, warum nicht z. B. ein Ueberlistungstrieb erfunden werden sollte, aus dem dann

Es möge genügen, den Richter darauf hinzuweisen, [illegible] Theorie von den bedeutendsten Autoritäten der gerichtlichen [illegible] Psychologie [illegible] als eine wissenschaftliche, unhaltbare, mit Stumpfsinn [illegible] ausgezeichnete Erfindung bezeichnet ist, welche die gemeinsten Verbrecher [illegible] geradezu unter ihren Schutz nehmen. Denn da die Stärke des Antriebes [illegible] zu einem Verbrechen eine unmeßbare Größe ist, so steht jedem Verbrecher [illegible] die Einrede des unwiderstehlichen Dranges offen, während doch die [illegible] schlechthin nichts andere bedeutet, als daß man dem Triebe nachgegeben [illegible] Der Mensch aber, der im Gebrauche seiner Vernunft nicht gestört ist, [illegible] und [illegible] nen, sei es noch so heftigen, Antrieben Widerstand leisten.

Was insbesondere die sog. Mordmonomanie anlangt [illegible] Menschenschlächterwuth, — so hat zu deren Annahme die [illegible] gegeben, daß Menschen Mordthaten verüben ohne irgend ein [illegible] lichen Motive, unter den auffallendsten Umständen in ansch[illegible] entstandenem Vorsatze und nicht selten an geliebten Personen [illegible]

Eine kritische Prüfung der zur Konstatirung dieser Forn[illegible] leidens benützten Fälle zeigt, daß die angeblichen Monoma[illegible] ganz gemeine Verbrecher waren, welche ihr Motiv verhei[illegible] aus einem objektiv geringfügigen, für den in heftiger Lei[illegible] stumpfer Rohheit befangenen Verbrecher aber vollkommen [illegible] Motive gehandelt haben [31]). — Oder sie waren wirkliche, [illegible] Schwermuthswahn verfallene Geisteskranke. — Oder endlich [illegible]

---

krankhaft erzwungener Betrug, Fälschung, Unterschlagung [illegible] [illegible] sein würden.

[29]) Henke, Abh., Abh. aus d. Gebiete der gerichtl. Medizin, im [illegible] und 5. Bd. — Casper [illegible] Marbach in Hitzig's Zeitschr. XI S. 141 f. — Casper [illegible] 581. — Ideler, Lehrb. S. 294 f.; in Goltdammer's Archiv II S. 11 f. [illegible] Vgl. auch Jarcke in Hitzig's Zeitschr. XI S. 124.

[30]) Der neueste Vertheidiger der vornehmlich von Esquirol in Aufnahme gebrachten Mordmonomanie, Ideler, Lehrbuch 302 und in Goltdammer's Archiv I S. 627, definirt dieselbe als den bei völlig klarem Selbstbewußtsein und Vernunftgebrauche meist plötzlich erwachenden Antrieb zur Ermordung einer i. d. R. innig geliebten Person ohne jedes gedenkbare psychologische Motiv. — S. dagegen außer Casper a. a. O. auch Löwenhardt in Goltdammer's Archiv II S. 590 f.

[31]) Auf die angebliche Motivlosigkeit ein entscheidendes Gewicht zu legen, muß den Richter schon die Erfahrung warnen, daß die Verbrecher häufig das Geständniß des Motivs scheuen und eine gelindere Beurtheilung hoffen, wenn sie ihre That als eine unwillkürliche oder erzwungene darstellen.

einem zur Höhe einer fixen Idee ausgebildeten Triebe befangen, welcher nach dem für die Beurtheilung der fixen Idee überhaupt geltenden Maßstabe zu würdigen ist. In Summa: eine eigene Spezies von geistiger Krankheit genannt Mordmonomanie, ist nicht anzunehmen.

Die ältere Lehre von einem besonders im Stadium der Pubertätsentwickelung und in Verbindung mit der Trunkfälligkeit auftretenden Brandstiftungstriebe (Pyromanie, Feuertrieb, Lichthunger) als eine besondere Form von Seelenstörung kann nunmehr füglich als abgethan angesehen werden, nachdem außer der neueren Wissenschaft auch die höchsten medizinalbehördlichen Autoritäten sich gegen die Annahme derselben ausgesprochen haben[38]). Die wissenschaftliche Kritik charakterisirt die Lehre vom Brandstiftungstriebe als eine solche, welche weniger als irgend eine andere aus der Natur und dem Leben heraus, sondern mehr nur nach oberflächlich geprüften gar nicht gehörig festgestellten Thatsachen vom Schreibtische aus aufgestellt und dann allmälig zur Tradition geworden ist[39]).

Die Erfindung eines s. g. Stehltriebes (Kleptomanie) ist veranlaßt durch das nicht seltene Vorkommniß, daß die und andere gebildete, wohlhabende, im Uebrigen tadellose Person ohne alle Noth sich diebische Angriffe auf fremdes Eigenthum erlaubt. — Allein schon die Auswahl, mit der solche Diebstähle verübt werden, deutet darauf, daß dieser angebliche unwiderstehliche Trieb nichts Anderes ist, als ein unsittliches und strafbares Nachgeben gegen das habsüchtige diebische Gelüste. Oder soll Derjenige, welcher ohne Noth aus Liebhaberei und Muthwillen stiehlt, straflos ausgehen, während der Dieb aus Noth der Strafe unterliegt[40])?

In allen diesen Richtungen vermag der krankhafte Antrieb die Zurechnung nur dann aufzuheben, wenn er sich als Wirkung und Ausfluß einer wahren ächten Seelenstörung nachweisen läßt; und dasselbe gilt auch

---

38) Gutachten der wissenschaftlichen Deputation des Medizinalwesens des Königr. Preußen v. 8. Okt. 1851, Justiz-Minist.-Bl. f. d. preuß. GG. u. Rechtspfl. 1851 378 f. — Vgl. Ideler in Goltdammer's Archiv I S. 639. — Gutachten des Obermedizinalausschusses des Königr. Bayern, veröffentlicht durch JME. v. 5. April 1856 (Zeitschr. f. Gesetzgeb. u. Rechtspfl. des Königr. Bayern II S. f.).

39) Vgl. Ideler, Lehrbuch S. 336, 98, und in Goltdammer's Arch. a. a. O. — Casper Hdb. S. 594 f. — Dr. J. Hofmann in der Zeitschr. f. GG. u. Rechtspfl. des Königr. Bayern II S. 106 f. — Dr. Ed. Buchner, in Friedreich's Blätter f. ger. Med. 1863 S. 112.

40) Vgl. Ideler, Lehrb. S. 341; Goltd. I S. 637. — Casper, Handb. S. 58.

von den ... trieben, welchen Trunkfällige ausgesetzt sein mögen; es ... keine Dipsomanie als selbständige Form geistiger Zerrüttung ... Daß ... somatischen Krankheiten nur in so ferne ... die Zurechnungsfähigkeit eingeräumt werden kann, als durch dieselbe ... standes ... fähigkeit aufgehoben ist, wie bei epileptischen ... berdelir... Anfällen, bedarf kaum der Erwähnung [42].

Es kann daher namentlich auch der Umstand für ... Beweis der Unzurechnungsfähigkeit benützt werden, daß ... fällen von Sinnestäuschungen (Halluzinationen) oder ... liegt [43].

Solchen Täuschungen kann jedenfalls so lange ein Einfluß auf die Zurechnung nicht beigelegt werden, als das Bewußtsein der ... handen ist. Erst wenn dieses Bewußtsein verloren geht und sich zur Wahnvorstellung steigert, wird in Frage kommen, ... ungen des partiellen Wahnsinnes im einzelnen Falle gegeben, und nur, wenn dieses zu bejahen ist, kann die Unzurechnungsfähigkeit als Grund angenommen werden.

Dieses Alles gilt insbesondere auch von den Täuschungen ... von jenen Stimmen aufreizenden oder abmahnenden ... nicht selten Verbrecher vor der Ausführung der That gehört ... Bei einem Menschen, an welchem anderweitige Symptome ... nicht zu beobachten sind, wird man nicht fehlgehen, wenn ... men als die laute Sprache der Leidenschaft und Begierde, das Zwiegespräch des Gewissens mit dem verbrecherischen ... welches sich dem von innerem Kampfe erregten Menschen ... nehmbaren Lauten verkörpert [44].

§. 7. Zu Art. 69 Abs. 1. Fortsetzung. — Actio libera in causa oder ad libertatem relata.

Für jene Fälle, wo die im Zustande der Unzurechnungsfähigkeit be...

[41] S. oben S. 421.

[42] Ideler, Lehrb. S. 321; Goltd. Archiv I S. 453. II S. 8.

[43] Sinnestäuschungen: wenn durch äußere Eindrücke unrichtige oder falsche, scheinbare Sinnesvorstellungen erzeugt werden. — Sinneswahn: wenn ohne das den Sinnen vorgespiegelte Bild sich der Einbildungskraft als Gegenstand der äußeren Welt darstellt. — Vgl. hierüber insbes. auch Clarus, Beiträge S. 34; Jarcke a. a. O. S. 150 f.

[44] S. hierüber besonders Clarus, die Zurechnungsfähigk. des Mörders Woyzeck, Lpz. 1823; Jarcke a. a. O. S. 154.

[45] Vgl. insbesondere v. Wächter's Kommentar zum k. sächs. StGB. I S.

wirkte Rechtsverletzung auf einen im zurechnungsfähigen Zustande vorher gefaßten verbrecherischen Vorsatz oder verschuldete Fahrlässigkeit als Ursache zurückzubeziehen ist, hat das neue StGB. keine besondere Norm aufgestellt.

Das ältere StGB. hat zwei hieher gehörige Bestimmungen. Nach Art. 121 Ziff. 9 soll nur der unverschuldeten Verwirrung der Sinne oder des Verstandes die Wirkung der Straflosigkeit zukommen, und die Anmerk. I S. 299 lassen keinen Zweifel, daß die im Zustande einer freiwillig bewirkten Berauschung herbeigeführte Rechtsverletzung nach den Grundsätzen über strafbare Fahrlässigkeit zu beurtheilen sei. — Sodann hat das ältere StGB. Art. 40 die Zurechnung zum Dolus ausdrücklich dann vorbehalten, „wenn Derjenige, welcher mit rechtswidrigem Vorsatze ein Verbrechen beschlossen und, um dasselbe auszuführen, sich in einen Zustand von Geistesabwesenheit durch Trunk oder andere Mittel absichtlich versetzt hat, in diesem Zustande auch das beabsichtigte Verbrechen wirklich ausführt." — Diese Sätze sind im Wesentlichen auch in die nachfolgenden Entwürfe übergegangen [46]), und obgleich der Art. 40 des älteren StGB. in Verbindung mit den übrigen auf die Vermuthung des bösen Vorsatzes bezüglichen Sätzen durch das Ges. v. 29. Aug. 1848, die Abänderungen einiger Bestimmungen des ersten Theiles des StGB. betreffend, Art. 8 Abs. 2, antiquirt wurde, so hat doch ein gleichartiger Satz auch in dem Entwurfe vom J. 1851 Art. 66 Abs. 2, so wie in dem Entwurfe vom J. 1853 Art. 56 Abs. 2 seine Stelle gefunden [47]).

Ref. II verwarf die ganze Bestimmung, weil der Fall, so wie er unterstellt sei, kaum je vorkommen werde, da der Trunkene, welcher sich an den früher gefaßten Vorsatz zu erinnern vermöge, eben nicht in einem, die Zurechnung ausschließenden, Grade berauscht sei; angenommen aber auch, daß dieses möglich sei, so fehle doch immer die Grundbedingung der Zurechnung: die freie That oder die Willensfreiheit bei der Ausführung der Rechtsverletzung. Dem entsprechend hat auch der GGA. II den Satz des Entwurfes ohne weitere Diskussion abgelehnt [48]).

---

408 f. — Köstlin, System I S. 144. — Hälschner II S. 115. — Bekker, Theorie d. heut. d. Strafr. S. 373. — Berner, Lehrb. S. 115. — Geib, Lehrb. II S. 75.

[46]) Entw. v. 1822 Art. 68; 1828 Art. 60 u. 61; 1831 Art. 84, 85.

[47]) Es soll die gesetzliche Strafe eintreten, „wenn der Thäter das Verbrechen bei noch bestandener Zurechnungsfähigkeit beschlossen und sich sodann, um dasselbe auszuführen, absichtlich durch Trunkenheit oder andere Mittel in den Zustand von Bewußtlosigkeit oder Sinnesverwirrung versetzt hat.

[48]) Verh. d. GG. d. K. d. Abg. 1856/57 I S. 47, 197.

Auch Ref. I beantragte den Abstrich, jedoch aus anderen Gründen, weil der Satz eine nicht mehr haltbare geſetzliche Präſumtion in ſich faſſe, es daher richtiger dem beurtheilenden Ermeſſen des Gerichtes überlaſſen bleibe, ob im einzelnen Falle der zu jedem Verbrechen erforderliche Zuſammenhang des Beſchluſſes und der darauf gefolgten That vorhanden geweſen ſei [49]. — So drehte ſich denn auch bei der Berathung des GA. I die Diskuſſion nur darum, ob die Aufnahme des Abſatzes nöthig ſei oder nicht, und wurde auch von Vertretern der letzteren Anſicht anerkannt, daß die Geſchworenen keine Strafloſigkeit annehmen würden, wenn aus den Verhandlungen hervorgehe, daß der Beſchuldigte ſchon im nüchternen Zuſtande das Verbrechen beſchloſſen und im trunkenen Muthe ausgeführt habe [50]. — Der GA. I beſchloß denn auch die Beibehaltung des Satzes. — Im Entwurfe vom Jahr 1860 iſt derſelbe indeß ohne weitere Motivirung nicht reproduzirt, und eben ſo wenig bei den Ausſchußverhandlungen darüber wieder aufgenommen [51]. —

Bei dem Mangel einer Uebereinſtimmung der beiden Geſetzgebungsausſchüſſe hinſichtlich der inneren Berechtigung des weggelaſſenen Satzes und bei dem Stillſchweigen der Vertreter der Regierung iſt vom Standpunkte unſeres Geſetzbuches die ganze Frage als eine offene zu betrachten. Es darf namentlich auch in der Ausdrucksweiſe des Geſetzes: „eine ſtrafbare Handlung iſt nicht vorhanden, wenn dem Handelnden zur Zeit der That — die Fähigkeit der Selbſtbeſtimmung u. ſ. w. gänzlich gemangelt hat", keine Entſcheidung derſelben geſucht werden, da alle Anhaltspunkte zu der Annahme fehlen, daß der Geſetzgeber hiemit die Frage implicite habe löſen wollen, und da es ſich nicht um die Zurechnung der im unzurechnungsfähigen Zuſtande begangenen Rechtsverletzung als ſolcher, ſondern nur in ihrer Rückbeziehung auf einen früheren zurechenbaren Willensakt handelt. Vielmehr ſteht nichts entgegen, dieſe Löſung den allgemeinen, auch von unſerem StGB. anerkannten Grundſätzen über Schuld und Zurechnung zu entnehmen.

Es kann vor Allem der Zurechenbarkeit einer im unzurechnungsfähigen Zuſtande

49) Ref. I, 1, S. 127.

50) Verh. I, 1, S. 255 f.

51) Auch das n. k. ſächſ. StGB. hat die unſerem ä. StGB. entnommene Beſtimmung des ä. k. ſächſ. KrGB. weggelaſſen, „weil eine abſichtliche Verſetzung in einen völlig unzurechnungsfähigen Zuſtand, wobei doch noch die Fähigkeit des Handelns verbleibe, undenkbar ſei."

begangenen Rechtsverletzung dann nicht gezweifelt werden, wenn die letztere in der Unterlassung einer besonderen Pflichterfüllung bestand und der Zustand der Unzurechnungsfähigkeit (Rausch, Betäubung) in der Absicht herbeigeführt ist, um sich zur Pflichterfüllung unfähig zu machen und dadurch eine Rechtsverletzung zu bewirken [52]), oder wenn bei der Herbeiführung jenes Zustandes diese Folge desselben vorausgesehen werden konnte [53]). — Hier ist im ersteren Falle die Zurechnung der Rechtsverletzung zum Dolus, im zweiten die zur Kulpa begründet, da der ursächliche Zusammenhang zwischen der vorsätzlichen und fahrlässigen Herbeiführung des unzurechnungsfähigen Zustandes einerseits und der dadurch bewirkten Unterlassung und der in Folge der letzteren entstandenen Rechtsverletzung andrerseits klar zu Tage liegt. — Es ist gerade so, als wenn sich der Thäter durch eine andere Handlungsweise, z. B. durch Entfernung vom Orte, wo er seine Pflicht zu erfüllen hat, dazu unfähig gemacht hätte.

Nicht anders verhält es sich, wenn sich Jemand absichtlich oder in fahrlässigem Leichtsinne u. dergl. unfähig zur gehörigen Pflichterfüllung, zur Anwendung der ihm in einem bestimmten Verhältnisse obliegenden Diligentia macht und nun in unzurechenbarem Zustande Verletzungen und Beschädigungen verübt. — Der Operateur, der sich vor der Operation betrinkt, dieselbe gleichwohl vornimmt und dabei den Kranken tödtlich verlebt, ist wegen Fahrlässigkeit strafbar, wenn er in frevelhaftem Leichtsinne, — und wegen Dolus, wenn er in verbrecherischer Absicht (bestimmter oder eventueller) sich berauscht hatte. — Die Mutter oder Amme, welche das zarte Kind in ihr Bett nimmt und im Schlafe dasselbe erdrückt, ist einer fahrlässigen Tödtung schuldig, da ihr vor dem Einschlafen ein rechtswidriges fahrlässiges Benehmen zur Last fällt [54]).

---

[52]) Z. B. der Eisenbahnbedienstete, der zu einer bestimmten Zeit einen wichtigen Dienst zu leisten hat (z. B. die Weichen oder Wechsel zu stellen), betrinkt sich in der Absicht, sich zur Dienstleistung unfähig zu machen und dadurch in Folge des Zusammenstoßes u. dgl. die Tödtung von Menschen herbeizuführen; oder die Mutter nimmt in der Absicht, um sich zur Pflege des neugeborenen Kindes unfähig zu machen und dieses dadurch zu tödten, ein betäubendes Mittel.

[53]) *Dieselben Beispiele, nur ohne den verbrecherischen Willen.*

[54]) *Erk. d. Preuß. Obertrib. in Goltdammer's Archiv IX S. 70.* (Ein Fuhrmann, welcher in sinnloser Trunkenheit einen Chausséebaum umgefahren und beschädigt hat, ist wegen fahrlässiger Beschädigung gestraft, weil der Fuhrmann die Pflicht habe, sich in einem solchen Zustande zu halten, daß sein Fuhrwerk keinen Schaden anrichten könne.)

2) Zweifelhafter ist die Sache, wenn die im unzurechnungsfähigen Zustande bewirkte Rechtsverletzung in einem positiven Eingriffe in eine fremde Rechtssphäre besteht, und jener Zustand in der Absicht herbeigeführt wurde, um in demselben diese Rechtsverletzung zu begehen.

Der Fall, an welchen hier gewöhnlich und zwar ausschließlich gedacht wird, ist, wenn Jemand sich berauscht hat, um im Rausche eine Rechtsverletzung zu begehen und er diese nun wirklich im Rausche verübt. Das Postulat der Zurechenbarkeit in solchen Fällen wird verworfen, weil durch den Zustand der Unzurechnungsfähigkeit die Beziehung der That auf einen vorher gefaßten Entschluß ausgeschlossen sei. Wer im Zustande der Trunkenheit mit bewußter Beziehung auf einen früher gefaßten verbrecherischen Entschluß handeln könne, sei eben nicht in einem, die Zurechnung aufhebenden Grade betrunken, da mit dem letzteren Erinnerung und Reflexion unvereinbar sei. Also schließe der höchste Grad der Trunkenheit die Rückbeziehung der That auf den verbrecherischen Vorsatz aus, womit von selbst die Unzurechenbarkeit des im Rausche Verübten auch in den hier unterstellten Fällen gegeben sei [55]. —

Muß man auch die Basis dieser Argumentation zugeben, so ist doch damit die Sache nichts weniger als erledigt, indem auch in jenen Fällen ein ursächlicher Zusammenhang besteht zwischen dem zurechenbaren verbrecherischen Entschlusse und der Ausführung desselben im unzurechenbaren Zustande [56].

Es ist zur richtigen Beurtheilung der Frage von der unbestrittenen Wahrheit auszugehen, daß es hinsichtlich des Daseins des Causalzusammenhanges gleichgiltig ist, ob der Thäter den rechtswidrigen Erfolg durch seine That unmittelbar herbeiführt, oder ob er es dabei auf die Mitwirkung eines Zufalles abgesehen hat, sei es auch, daß diesem eine Hauptrolle zugedacht ist [57].

---

55) Savigny in Goltdammer's Materialien z. d. Preuß. StGB. I S. 144. — Hälschner a. a. O. S. 115. — Bekker, Theorie des Strafrechts I S. 373. — Breidenbach, Komment. I S. 516. — Ebenso Hocheder, Komment. S. 325; Stenglein I S. 540; Beseler, Kommentar z. d. Preuß. StGB. S. 161 Not. — Weis, Komm. I S. 196 (vgl. oben S. 429). — Die Praxis des Preuß. Obertribunals bei Goltdammer Archiv VIII S. 407.

56) S. insbes. Wächter's Kommentar z. d. sächs. StGB. I S. 397 f.

57) Wer in der Absicht, Brand zu stiften, den Brandstoff in der Weise anlegt, daß nur bei einem bestimmten starken Windzug das Brandmaterial Feuer fangen und dem Gegenstande mittheilen kann, hat, wenn dieser Zufall mit

Ferner ist zu beachten, daß die Zurechnung einer Rechtsverletzung zum Dolus dadurch im Allgemeinen nicht bedingt ist, daß Derjenige, welcher sie vorsätzlich herbeigeführt, im Zeitpunkte ihres Eintrittes seines Vorsatzes sich bewußt und eingedenk war [58]).

Werden diese unzweifelhaften Sätze auf die vorliegende Frage angewandt, so ergibt sich, daß der Causalzusammenhang zwischen der im Rausche begangenen That und der auf Herbeiführung der letzteren gerichteten verbrecherischen Absicht nicht deshalb in Abrede gestellt werden kann, weil das dem vorangegangenen verbrecherischen Entschlusse entsprechende Benehmen des Berauschten als ein zufälliges erscheint, oder weil im Augenblicke der That keine bewußte Rückbeziehung desselben auf den verbrecherischen Entschluß stattfindet. Der Verbrecher hat sich zu dem eigenen unbewußten Werkzeuge seiner verbrecherischen Absicht gesetzt und ist für Alles strafrechtlich verantwortlich, was er als solches verbrochen hat [59]).

Ob ein solcher Causalzusammenhang im einzelnen Falle obwalte, bleibt der konkreten Prüfung und Feststellung überlassen, — womit denn auch die neuere Doctrin und Gesetzgebung der Mehrheit ihrer Vertreter nach übereinstimmt [60]). —

Die gleiche Beurtheilung hat auch dann einzutreten, wenn sich Jemand mit verbrecherischem Vorbedachte gleichsam zu dem mechanischen Mittel macht, durch welches eine Rechtsverletzung herbeigeführt werden soll, — wie wenn die Mutter oder Amme das Kind in der Absicht zu sich in das Bett nimmt, um dasselbe im Schlafe zu erdrücken oder aus dem Bette herauszuwerfen und dadurch dessen Tod herbeizuführen.

---

dieser Folge eintritt, ohne Zweifel den Brand durch seine Handlung verursacht, obgleich der Zufall dabei ein Hauptgehilfe gewesen ist.

[58]) Wenn der A in der Absicht, seinen Gegner B zu verletzen oder zu tödten, an einem bestimmten Platz Fußangeln oder einen Selbstschuß legt, und der beabsichtigte Erfolg tritt ein, so ist eine dolose Urheberschaft des A begründet, auch wenn er zur Zeit, wo die Wirkung eingetreten, davon keine Ahnung hatte. — Der Brandstifter bleibt Urheber des Brandes, auch wenn er zur Zeit des Ausbruches des Feuers in tiefem Schlafe gelegen ist.

[59]) Hiemit erledigt sich der Einwand des Ref. II, daß in den fraglichen Fällen nur ein verbrecherischer Plan, keine verbrecherische Handlung vorliege, indem die Handlung Ausfluß eines verbrecherischen Willens sein müsse, welcher im Augenblicke der Handlung vorhanden sei, so daß der früher vorhandene für sich allein nicht genüge.

[60]) S. darüber Wächter a. a. O. S. 408. — Vgl. auch Chauveau-Hélie, théorie Vol. II p. 240.

§. [illegible]. Art. 67 Abs. 2. Gewalt, Drohung, Nothstand. — Uebersicht. Geschichtliches.

Auch dieser 2. Abs. des Artikel 67 ist aus dem Vorschlage des Ges.-Gesetzg.-Aussch. II hervorgegangen. — Er faßt die Unzurechenbarkeit wegen Gewalt, Drohung, Nothstand, welche in den früheren Entwürfen auseinandergehalten waren, zusammen, und stellt für alle diese Fälle ein gemeinsames Kriterium dahin auf, daß die Zurechnung durch diese Thatsachen dann beseitigt sein soll, wenn durch sie die Freiheit der Willensbestimmung aufgehoben ist.

I.

Was nun zuvörderst die Aufhebung der Zurechnung in Folge erlittener Gewalt oder Drohung anlangt, so hatte das ä. StGB. Art. 121 Ziff. 7 und 8 die Voraussetzungen genau bezeichnet, unter welchen die unter dem Einflusse von Zwang und Drohung verübte rechtswidrige That entschuldigt sein soll. Nur die „unwiderstehliche körperliche Gewalt" oder solche „Drohungen, welche mit einer gegenwärtigen und unabwendbaren Gefahr für das Leben verbunden sind," sollen die in Folge derselben begangene That unzurechenbar machen.

Denselben Weg haben die nachfolgenden Entwürfe eingeschlagen, nur daß sie die Sphäre der die Zurechnung aufhebenden Drohungen erweitern. Der Entw. v. J. 1822 Art. 73 hat der Bedrohung des Lebens die Bedrohung der Gesundheit, — und der Bedrohung des Genöthigten selbst die seiner Blutsverwandten in auf- oder absteigender Linie sowie die seines Ehegatten gleichgestellt. Die Entw. v. J. 1827 Art. 68 und v. J. 1831 Art. 91 fügten der Drohung auf Leib und Leben noch jene Bedrohungen bei, welche mit gegenwärtiger Gefahr für Leben, Keuschheit oder Freiheit verbunden sind, und legten auch der so qualifizirten Bedrohung der Geschwister oder Ehegatten strafaufhebende Wirkung bei.

Dagegen hat der Entw. v. J. 1851 Art. 71 die strafaufhebende Wirkung der Drohungen auf solche beschränkt, welche mit einer gegenwärtigen auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr für Leib oder Leben des Genöthigten selbst oder seiner Verwandten in auf- oder absteigender Linie, seiner Geschwister oder seines Ehegatten verbunden waren[1]). —

Dieser Behandlung der Sache gegenüber vertrat Ref. II schon in seinen vor-

[1]) Vgl. d. Motive zu dem Gesetzentwurfe v. J. 1851 S. 35.

läufigen Bemerkungen zu dem Entw. v. J. 1851 S. 360 die Methode des Code pén. Art. 64[2]), welcher sich (eben so wie das ihm nachgebildete Preuß. StGB.) auf den einfachen Satz beschränkt, daß kein Vergehen und Verbrechen vorhanden sei, wenn der Beschuldigte zu seiner That durch eine Gewalt genöthigt war, welcher er nicht widerstehen konnte. Davon ausgehend, daß sich die Frage, unter welchen Umständen die Gewalt eine unwiderstehliche war, nicht von vorneherein bestimmen lasse, vielmehr im einzelnen bestimmten Falle nach allen Umständen beurtheilt werden müsse; ferner, daß die Drohung nur eine Art des geistigen Zwanges sei, welcher auch noch in anderer Weise geübt werden könne, — beantragte er, die gesetzliche Bestimmung auf den einfachen Satz zu beschränken: „eine strafbare That ist nicht vorhanden, wenn die freie Willensbestimmung des Thäters dadurch ausgeschlossen war, daß er zu der That durch eine körperliche oder sonstige Gewalt, welcher er nicht widerstehen konnte, gezwungen worden ist."

Diese Bemerkung hat zwar Ref. II in seinem Vortrage zu dem mit Art. 71 des Entw. v. J. 1851 gleichlautenden Art. 62 des Entw. v. J. 1853 reproduzirt; er schloß sich jedoch dem Entw. mit der doppelten Modifikation an, daß er den im Entw. bezeichneten Drohungen die „geübte körperliche oder moralische Gewalt" gleichstellen, und den Kreis der, der unmittelbaren gleichstehenden mittelbaren Benöthigung auf sämmtliche in Art. 51 genannte Angehörige ausdehnen wollte.

In den Berathungen des GGA. II wurde indeß der frühere Vorschlag des Ref. II durch den Abg. Paur — im Zusammenhange mit dessen prinzipiellen Anträgen über die Formulirung der gesetzlichen Bestimmungen hinsichtlich der Aufhebung der Zurechnungsfähigkeit überhaupt — im Wesentlichen reproduzirt[3]). Er schlug statt des Art. 62 des Entw. folgende Bestimmung vor: „Eine strafbare That ist nicht vorhanden, wenn zur Zeit der That die Freiheit der Willensbestimmung des Handelnden durch Gewalt oder Drohung gegen ihn oder einen seiner in Art. 51 genannten Angehörigen (oder durch einen ohne sein Verschulden eingetretenen Nothstand) ausgeschlossen war."

Hiegegen wurde vergebens (von Seite der Regierungskommissäre) einge-

---

[2]) Il n'y a ni crime ni délit, lorsqu' il (le prévenu) a été contraint par une force à la quelle il n' a pu résister. — Preuß. StGB. §. 40: Ein Verbrechen oder Vergehen ist nicht vorhanden, — wenn die freie Willensbestimmung des Thäters durch Gewalt oder durch Drohungen ausgeschlossen war.

[3]) GGA II, 1 S. 200.

wendet, daß damit Alles dem Ermessen des Richters der That anheimgestellt sei, während es doch in der Aufgabe des Gesetzes liege, die Voraussetzungen genau zu bezeichnen, unter welchen die Gewalt oder der Zwang so geartet seien, daß in Folge davon die freie Willensbestimmung als aufgehoben anzusehen sei[4]). Der Antrag erhielt die Zustimmung, nachdem noch über das Verständniß des vorgeschlagenen Satzes Erklärungen abgegeben waren[5]).

Der Beschluß des GGA. II fand bei Ref. I Anklang[6]), „weil es außer körperlichen Qualen auch noch geistige und zwar von noch überwältigenderem Eindrucke gebe, und weil die Bedrohung mit Vermögens- oder mit künftigen Nachtheilen bei Manchen eben so wirke wie eine mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben verbundene Drohung. Es müsse daher dem Richter überlassen bleiben, im einzelnen Falle den Einfluß der angewandten Gewalt u. s. w. zu prüfen und zu entscheiden, ob derselbe ein die Freiheit der Willensbestimmung ausschließender war"[7]).

Der GGA. I erachtete indeß den Antrag des GGA. II darin zu weit gehend, daß nach demselben unter Umständen auch die Bedrohung mit Vermögensnachtheilen als Entschuldigung für die schwersten Verbrechen geltend gemacht werden könnte, und eignete sich dafür den der Regierungsvorlage angenäherten Vorschlag des RR. Dr. von Heintz an, wonach eine strafbare Handlung auch dann nicht vorhanden sein soll: „wenn die Freiheit der Willensbestimmung des Handelnden zur Zeit der That durch eine Gewalt, welcher er nicht widerstehen konnte, oder durch Drohungen auf Leib und Leben gegen ihn oder einen seiner in Art. 52 genannten Angehörigen (oder durch Nothstand) ausgeschlossen war." Die Formulirung des GGA. II erhielt indeß im Entw. v. J. 1860 den Vorzug, und ging denn auch unverändert in das GB. über.

II.

Der Nothstand — als die Zwangslage, in welche sich Jemand außer dem Falle der Nothwehr derart versetzt sieht, daß er seine eigene Rechtssphäre nur mit Verletzung einer fremden erhalten und bewahren kann, — findet sich zuerst im ä. StGB. in der Richtung auf Entwendungen als Strafminderungsgrund berücksichtigt[8]) „wenn der Verbrecher durch

---

[4]) A. a. O. S. 202.
[5]) E. u. S. 438.
[6]) Ref. I, I, S. 131.
[7]) GGA. I, 1, S. 263.
[8]) ä. StGB. Art. 93 Ziff. III.

drückende Armuth oder andere Noth zu seinem Verbrechen verleitet wurde*)."

Schon die Anm. (I S. 232) postuliren aber die Straflosigkeit, wenn ein so hoher Grad von Noth vorhanden ist, daß dieselbe in die Klasse der Nothwehr fällt, z. B. wenn Jemand stiehlt, um sich vom augenblicklichen Hungertode zu retten oder um einem Verwandten, der sonst das Leben verlöre, Labung oder Verband schnell zu verschaffen." — Als selbständiger Strafaufhebungsgrund tritt der Nothstand unter der Bezeichnung „andere Nothfälle" zuerst auf in dem Entw. v. J. 1822 Art. 85. Dieser Entw. — hierin theils die unmittelbare, theils die mittelbare Quelle für die neueren Gesetzbücher — beschränkt den Nothstand auf den Fall gegenwärtiger und dringender Gefahr für das eigene oder fremde Leben, und knüpft die strafaufhebende Wirkung desselben an die weitere Voraussetzung, daß der Thäter den Zustand der Noth nicht absichtlich herbeigeführt, um unter diesem Vorwande eine Rechtsverletzung zu begehen, und daß er die rechtmäßigen Gränzen nicht überschritten habe. — Diese Sätze gingen unverändert in die nachfolgenden Entwürfe über, Entw. v. J. 1827 Art. 80, v. J. 1831 Art. 103. — Der Entw. v. J. 1851 Art. 70 stellt zuerst den Nothstand mit Gewalt und Drohung auf eine Linie. Er erweitert denselben, indem er der Gefährdung des Lebens die der Gesundheit gleichstellt; er beschränkt ihn, soferne der Gefährdung der eigenen Person nur noch die gewisser nahestehender Personen gleichgeachtet, und die Bedingung aufgestellt wird, daß der Nothstand ohne Verschulden des Benöthigten eingetreten sein müsse.

Dem gegenüber betonte Ref. II in seinen vorläufigen Bemerkungen zu dem Entw. von 1851 (S. 365), daß in jedem einzelnen Falle der konkreten Prüfung des Richters der Schuld die Entscheidung überlassen bleiben müsse, ob die vorwürfige That als Ausfluß des freien Willens des Beschuldigten erscheine oder nicht, und daß es bei der Nöthigung insbesondere darauf ankomme, ob die Gewalt derart war, daß ihr der Thäter unter den obwaltenden Verhältnissen nicht widerstehen konnte. Er schlug daher vor, unter Verzicht auf eine ausdrückliche Hervorhebung des Nothstandes, eine strafbare That dann als nicht vorhanden zu erklären „wenn — die freie Willensbestimmung des Thäters dadurch ausgeschlossen war, daß er zu der That durch körperliche oder sonstige Gewalt, welcher er nicht widerstehen konnte, gezwungen worden ist." — Gegenüber dem Entw. v. 1853 Art. 62, welcher wörtlich seinem Vorgänger gefolgt ist, beharrte zwar Ref. II auf seiner Anschauung, schloß

*) Nach der PGO. Art. 166 ist es in das Ermessen des Richters gestellt, ob der Diebstahl in echter Hungersnoth entschuldigt sein soll.

sich indeß gleichwohl an die Vorlage an, bis durch den oben S. 434 angeführten Antrag Baur's die Kontroverse eine neue Wendung nahm. In besonderer Beziehung auf den Nothstand wurde noch die Voraussetzung beanstandet, daß er kein selbstverschuldeter sein dürfe. Denn sei ein Nothstand einmal vorhanden, so müsse er anerkannt werden, gleichviel wie er herbeigeführt worden. Der Entw. v. J. 1860 Art. 68 gab denn auch diese Bedingung auf, und so ist auch im GB. der Nothstand einfach unter dasselbe Prinzip wie die Gewalt und Drohung gestellt.

§. 9. Forts. Erläuterung des Gesetzes. 1. Aufhebung der Zurechnung wegen Gewalt.

Aus der Trennung der Gewalt von der Drohung ergibt sich, daß unter der ersteren nur die körperliche oder physische Gewalt (sog. vis absoluta) gemeint ist. Sie ist in doppelter Weise denkbar. Einmal so, daß Jemand durch unmittelbare körperliche Nöthigung zum willenlosen Werkzeuge der Ausführung des von einem Anderen beabsichtigten Verbrechens gemacht wird [10]). Oder so, daß Jemand durch körperliche Ueberwältigung, z. B. durch Gefangennahme, an der Erfüllung einer durch Strafdrohung verschärften Pflicht (der Anzeige, Verhinderung eines Deliktes) gehindert wird. In beiden Fällen ist nicht nur die Freiheit der Willensbestimmung, sondern die letztere selbst ausgeschlossen. Es liegt weder eine imputable Handlung noch auch überall eine That vor, da es auch an der formalen Selbstbestimmung des Thäters fehlt. — In den Verh. wurde noch die Frage angeregt, ob die Gleichstellung der nächsten Angehörigen auch auf die Gewalt zu beziehen sei. Die Möglichkeit einer Aufhebung der freien Willensbestimmung in Folge der gegen einen Dritten geübten Gewalt wurde an dem Beispiele erläutert, wenn Jemand, der einen Anderen zu einer verbrecherischen Handlung zwingen will, demselben ein Kind wegnimmt und einsperrt, bis er nachgibt. Hier liege eine unwiderstehliche Nöthigung vor durch eine gegen einen Dritten geübte Gewalt.

§. 10. Forts. 2. Aufhebung der Zurechnung wegen Drohung und Nothstand [11]).

Drohung ist die Erregung der Furcht durch Erweckung der Vorstellung

---

[10]) A ergreift die mit einem Messer bewaffnete Hand des B und führt trotz des Widerstrebens des letzteren mit dessen Hand den tödtlichen Stoß nach dem C. — Vgl. über die Würdigung der Schuld des A oben S. 259.

[11]) Berner, diss. de impunitate propter summam necessitatem proposita, 1861; Lehrb. §. 85. — Goltdammer's Materialien z. preuß. StGB. I S. 370. 412. — Wäch.

eines bevorstehenden Leidens oder Verlustes. — Nothstand ist (vgl. S. 435) die durch thatsächliche Verhältnisse herbeigeführte Zwangslage, in welcher der Mensch zum Schutze und zur Erhaltung seiner eigenen Rechtssphäre kein anderes Mittel als den Eingriff in eine fremde Rechtssphäre vor sich sieht.

Die in einem rechtswidrigen Angriffe liegende Bedrohung, so wie der durch Nothwehr herbeigeführte Nothstand unterliegen den besonderen Bestimmungen des Art. 72 und fallen daher außer den Bereich des Art. 69 Abs. 2.

In dieser Begränzung ist die Drohung und der Nothstand, was prinzipiell vollkommen gerechtfertigt ist[12]), unter eine Regel gestellt: die Strafbarkeit der unter dem Einflusse von Drohung oder Nothstand verübten Rechtsverletzung cessirt, wenn dadurch die Freiheit der Willensbestimmung des Thäters ausgeschlossen ist. —

Nach dem Wortverstande dieser Bestimmung wäre der Einfluß der Drohung und des Nothstandes, wie in den Ausschußverhandlungen richtig bemerkt wurde[13]), auf jene Fälle reduzirt, wo in Folge solcher Einwirkung eine vorübergehende Verstandes- oder Sinnenverwirrung eingetreten ist. Denn abgesehen hievon wird durch Drohung so wenig als durch den Nothstand die Freiheit der Willensbestimmung aufgehoben; auch der schrecklichsten Drohung und dem fürchterlichsten Nothstande gegenüber hat der geistig nicht Gestörte innerlich die freie Wahl, ob er sich der über ihn hereinbrechenden Katastrophe unterwerfen, oder sich auf Kosten einer Rechtsverletzung vor der drohenden Gefahr retten will: coactus voluit[14]). Nach dem Wortsinne des Gesetzes wäre somit die Drohung und der Nothstand überall kein selbständiger Aufhebungsgrund der Zurechnung, sondern nur nach Umständen Veranlassung und Ursache eines vorübergehenden Mangels an Selbstbestimmung und somit schon in den „ähnlichen Ursachen" des Art. 69 Abs. 1 enthalten[15]).

Im Laufe der Erörterung wurde indeß unter Einverständniß des Aus-

ter, sächs. StrafR. I S. 384 (daselbst auch über die neuere StGG.). — Geib, Lehrb. II S. 220. — Breidenbach, Kommentar I S. 531.

[12]) Wächter a. a. O.

[13]) GGA. II, 1 S. 203, 204 (Dr. Edel, Dr. Barth).

[14]) L. 21 §. D. quod metus (4, 2).

[15]) Gegen diese Auslegung wurde zwar (von Ref. II) erinnert, daß das Kriterium nicht auf die Aufhebung der Freiheit des Willens, sondern auf die Aufhebung der Freiheit der Willensbestimmung gestellt sei. Allein beides ist, in Beziehung auf eine bestimmte That gedacht, identisch. Wer mit freier Willensbestimmung handelt, handelt mit freiem Willen, und umgekehrt.

schuf— es die Intention des Antragstellers dahin festgestellt [16]), daß auch
eine— solchen Gewalt und einem solchen Nothstande eine die freie Willens-
best—immung ausschließende Wirkung zukomme, welche nach dem Maßstabe der
bei einem gewöhnlichen Menschen durchschnittlich vorauszusetzenden Willens-
stä—rke einen unwiderstehlichen Eindruck auf den Betroffenen hervorzubringen
ge—eignet waren [17]).

Da von Seite der Regierungskommissäre hiegegen keine Einwendung
gemacht wurde, und auch Ref. I seinen Antrag auf Zustimmung zu den
Vorschlägen des GGA. II damit begründete, daß es Personen gebe, auf
welche Drohungen mit Vermögensnachtheilen, wenn auch entfernten Nach-
theilen, eine eben solche Gewalt übten, wie auf andere Individuen die Be-
drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben, — so dürfen die
obigen Erklärungen im GGA. II als maßgebend der Auslegung des Ge-
setzes zu Grund gelegt werden. Zugleich geht daraus hervor, daß nicht ein
Nothrecht in Folge von Drohung oder Nothstand begründet werden
wollte, sondern nur eine Entschuldigung der an sich allerdings rechts-
widrigen Handlung [18]), — darin gegründet, daß das Gesetz von Niemand
eine heroische Selbstaufopferung fordert. — Auf die Konsequenzen dieser
prinzipiellen Auffassung ist schon in der Lehre von der Theilnahme Rücksicht
genommen und wird bei der Nothwehr zurückzukommen sein [19]).
Zur Leitung des richterlichen Ermessens [20]), ob nach diesem leitenden

[16]) Baur, Völk, Weis a. a. O. S. 204, 205.

[17]) Oder, nach dem Ausdrucke Wächter's a. a. O. S. 364, wenn eine über die gewöhnlichen menschlichen Kräfte hinausgehende Resignation erforderlich wäre, um die als Mittel zur Abwendung der Noth sich darbietende Verletzung zu unterlassen. — Geib (a. a. O. S. 220) faßt in gleichem Sinne das Kriterium dahin: wenn der Handelnde zur Begehung seiner That durch eine Einwirkung bestimmt wird, welche zu ihrer Ueberwindung einen Grad von Seelenstärke (Heroismus) erfordert, der nach allgemeiner Erfahrung bloß als seltene Ausnahme vorzukommen pflegt.

[18]) Die Handlung ist — nach Kant's Ausdruck — ein factum non inculpabile sed impunibile.

Nach Berner (Lehrb. S. 136) soll sich die Straflosigkeit wegen Nothstandes bald auf bloße Entschuldigung, bald auf Nothrecht gründen. Das letztere dann, wo die „unterlassene Aufopferung des fremden Rechtes nicht eine ungewöhnliche Sittlichkeit, sondern eine ungewöhnliche Thorheit bekunden würde", — ein Kriterium, welches von der Praxis schwer zu verwerthen sein möchte.

[19]) Wächter S. 360. — Oben S. 376 und u. zu Art. 72.

[20]) „Der Richter muß sich in die Lage versetzen," bemerkt Weis zum Entw. v.

Gesichtspunkte im einzelnen Falle eine Entschuldigung begründet sei, mag an der Hand der auf demselben Boden stehenden Doctrin und Praxis Nachstehendes bemerkt werden.

1) Drohung und Nothstand können nur dann von aller Strafe entschuldigen, wenn die dadurch herbeigeführte Gefahr eine unmittelbare und gegenwärtige war, welche auf andere Weise als durch die begangene gesetzwidrige Handlung nicht abgewendet werden konnte. M. a. W.: Die Lage des Bedrohten muß derart gewesen sein, daß sich ihm kein anderer Ausweg, derselben zu entkommen, als ein Eingriff in die fremde Rechtssphäre, dargeboten hat. Ist daher die Drohung nach den Umständen nicht sofort ausführbar[21]), oder boten sich Mittel und Wege dar, um der gegenwärtigen Gefahr in anderer Weise zu entgehen, so ist eine Entschuldigung nicht begründet. In der letzteren Beziehung kann nach Umständen auch die Flucht geboten sein, da der Grund, aus welchem sie von dem zur Nothwehr Berechtigten nicht gefordert wird, hier, wo es sich nur um die Entschuldbarkeit einer an sich gesetzwidrigen That handelt, nicht zutrifft[22]).

Hiebei muß indeß der redliche Glaube des Handelnden, daß er sich in einer dringenden, in anderer Weise nicht abwendbaren Gefahr befinde, so weit ihm hiebei eine Fahrlässigkeit nicht zur Last fällt, dem objektiven Dasein eines solchen Zustandes gleichgeachtet werden. Denn die ratio legis, Nachsicht mit dem Drange der Selbsterhaltung, ist in dem ersteren Falle in ganz gleicher Weise vorhanden, wie in dem letzteren. Hätte der Thäter in einem solchen Putativfalle freilich bei gehöriger Umsicht das wahre Sachverhältniß zu erkennen vermocht, so kann je nach der Beschaffenheit des von ihm ausgeführten Deliktes die Zurechnung zur Fahrlässigkeit begründet sein[23]).

2) Die entschuldigende Wirkung des Nothstandes und der Drohung kann nach Wortlaut und Grund des Gesetzes weder (mit dem s. StGB.

J. 1851 S. 368, „in der sich der Thäter zur Zeit der That befunden hat. Er muß alle Umstände erwägen, die Persönlichkeit desjenigen, von welchem die Gewalt ausging, die Lage und den Zustand, worin er sich befunden, die Persönlichkeit und den Zustand desjenigen, gegen den Gewalt geübt wurde, das sonstige Verhältniß dieser Personen zu einander, den Ort, wo, die Zeit, wann der Vorfall sich ereignete u. dgl."

[21]) Z. B. der unbewaffnete A bedroht den B mit Erschießen u. dgl.; Bedrohung mit Brandstiftung, oder mit Verleumdung bei nicht Anwesenden u. s. f.

[22]) Vgl. Wächter a. a. O. S. 372 Note 33; Goltdammer, Materialien z. StGB. I S. 412; Breidenbach a. a. O. I S. 531.

[23]) S. Wächter a. a. O. S. 368 u. 372.

Art. 121 Ziff. 8) auf die Gefährdung des Lebens, noch (mit andern Strafgesetzgebungen) auf die Gefährdung von Leib oder Leben[24]) beschränkt werden; auch der Bedrohung in der Richtung auf Ehre, Freiheit, Vermögen des Bedrohten läßt sich im Allgemeinen nach Umständen ein nahezu unwiderstehlicher Einfluß auf die Willensbestimmung nicht absprechen.

Dagegen muß eben von diesem Gesichtspunkte aus eine gewisse Verhältnißmäßigkeit zwischen dem drohenden Uebel und der zu dessen Abwehr verübten Rechtsverletzung gefordert werden. Denn auch einem gewöhnlichen Menschen kann so viel sittliche Kraft zugemuthet werden, daß er lieber die Erduldung eines unerheblichen oder leicht ersetzbaren Nachtheiles auf sich nimmt, ehe er sich demselben auf Kosten einer schweren Rechtsverletzung gegen einen Dritten oder den Staat zu entziehen sucht.

Demgemäß wird die Tödtung oder die schwere Beschädigung eines Anderen oder die Verletzung wichtiger Pflichten gegen den Staat nur dann eine Entschuldigung haben, wenn sie sich als Mittel zur Abwendung einer gegen die höchsten Güter des Bedrohten — Verlust des Lebens, Verstümmelung, bleibender Nachtheil an der Gesundheit, Verlust der Freiheit auf längere Dauer, der Geschlechtsehre, der bürgerlichen Existenz, des Vermögens, — gerichteten Gefahr darstellt. Umgekehrt wird es sich nicht rechtfertigen lassen, wenn Jemand zur Abwendung eines leicht zu ersetzenden Vermögensschadens oder einer vorübergehenden Freiheitsentziehung rücksichtslos Leben oder Gesundheit oder andere kostbare[25]) und wichtige Güter eines Anderen zerstört oder wichtige Pflichten gegen den Staat verletzt, — während in dem gleichen Falle leichtere Eingriffe in eine fremde Rechtssphäre, z. B. Verletzung des Hausfriedens, gewaltsames Eindringen in fremden Grund und Boden, Beschädigung leicht ersetzlicher fremder Sachen u. dgl. vollkommen entschuldbar sein können.

3) Der eigenen Gefährdung steht die der in Art. 61 bezeichneten Angehörigen gleich. Es greift hier die nämliche ratio legis Platz. Die Gefährdung einer uns nahe verbundenen Person gibt uns denselben heftigen Antrieb, sei es auch auf Kosten eines Dritten ihre Rettung zu bewirken, als wenn die Gefahr unmittelbar gegen uns selbst gerichtet wäre. — Eine weitere Ausdehnung dieses stellvertretenden Schutzes über die bezeichnete, im

---

24) Wie die Motive zu dem Entw. v. J. 1853 S. 256 wollen. Angesichts der Behandlung des Nothstandes im n. StGB. kann hierauf kein Gewicht mehr gelegt werden.

25) Wächter a. a. O. führt das Beispiel an, wenn ein Töpfer, um seine, einige Gulden werthe Auslage gegen ein scheu gewordenes, werthvolles Pferd, welches seine Waare bedroht, zu retten, das Thier niedersticht u. dgl.

Gesetze ohnehin weit genug gegriffene Sphäre [26]) hinaus, etwa gar auf den Nothstand irgend eines Dritten [27]), ist ausgeschlossen. Es macht sich eben auch hier wieder der Unterschied zwischen der ein Nothrecht in sich schließenden Nothwehr und dem nur als Entschuldigungsgrund gewürdigten Nothstande geltend. „Von einer ganz besonderen und außergewöhnlichen Willenskraft, welche zu dem Entschlusse erfordert wird, die Achtung fremder Rechte der Abwendung der Gefahr vorzuziehen, kann nicht die Rede sein, wenn ein Dritter, der mit uns durch keine besonderen nahen Bande verbunden ist, in Gefahr sich befindet" [28]).

4) Daß der Nothstand ein unverschuldeter sei, ist nicht als Bedingung seiner entschuldigenden Wirkung gefordert [29]). — Der Entw. v. J. 1853 hatte mit den meisten neueren StGB. [30]) dieses Erforderniß aufgenommen. In den Verh. des GgA. II ist es abgelehnt, und insoweit mit gutem Grund, als durch die Aufnahme desselben die exkulpirende Kraft des Nothstandes i. e. S. gegen die ratio legis allzusehr beschränkt würde. Denn es ist nicht schwer, fast jeden Nothstand auf eine größere oder geringere Verschuldung i. w. S. d. W. desjenigen, welcher in denselben gerathen ist, zurückzuführen [31]). — Andererseits kann aber der Rücksicht auf die Entstehung des Nothstandes nicht aller Einfluß abgesprochen werden, will man anders nicht mit allgemein anerkannten Rechtswahrheiten in Widerspruch kommen. Diese fordern die Bestrafung eines, wenn auch im Nothstande begangenen Deliktes, wenn — wie schon die älteren Entwürfe

---

[26]) Die meisten neuen Gesetzgebungen haben den Kreis der nächsten Angehörigen in dieser Beziehung enger gezogen; die eine und andere, z. B. die Hannover'sche, beschränkt die Straflosigkeit des Nothstandes auf die eigene Gefährdung des Thäters (Art. 84 Ziff. 7, 8).

[27]) Sg. delicta pro amico. — Das Gh. Hessische GB. Art. 45, wie das ihm folgende Nassauische und Frankfurter StGB. erklären einen Eingriff in fremdes Eigenthum für straflos, wenn er geschah, um eine Lebensgefahr von irgend einem Dritten abzuwenden.

[28]) Wächter a. a. O. S. 369.

[29]) Eben so wenig im Württemb. und Thüring. GB. — Vgl. sehr eingehend Wächter a. a. O. S. 373.

[30]) Hannov. StGB. Art. 84; Braunschweig. Art. 34; Bad. §. 81; Gh. Hess. Art. 45; Nassau Art. 42.

[31]) In jeder gewagten Unternehmung kann, wie Breidenbach a. a. O. S. 579 bemerkt, eine Verschuldung gefunden werden. Strafbar wäre der Arme, welcher in größter Hungersnoth einen Diebstahl begeht, wenn er seine Armuth selbst verschuldet hat; nicht minder, wer, des Schwimmens unkundig, an einer gefährlichen Stelle badet u. dgl.

ausgesprochen — der Thäter den Zustand der Noth absichtlich herbeigeführt hat, um unter diesem Vorwande ein Verbrechen zu begehen. Denn hier bildet der Nothstand nur das absichtlich gewählte Mittel zur Ausführung des verbrecherischen Vorhabens, und die ganze That muß nach ihrem vollen Zusammenhange als eine dolose gewürdigt werden.

Art. 68.

Ist durch den Richter der That entschieden, daß die Fähigkeit der Selbstbestimmung oder die zur Erkenntniß der Strafbarkeit der That nöthige Urtheilskraft oder die Freiheit der Willensbestimmung des Handelnden zwar nicht völlig ausgeschlossen (Art. 67), aber doch in erheblichem Grade gemindert war, so ist eine geringere als die gesetzliche ordentliche Strafe und zwar nach folgendem Maßstabe zu verhängen:

1) bei Verbrechen, die unbedingt mit Todes- oder lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedroht sind, ist auf Zuchthaus von 8 bis 20 Jahren zu erkennen;
2) bei Verbrechen, die im höchsten Strafmaße mit lebenslänglicher, im niedrigsten aber mit zeitlich bestimmter Zuchthausstrafe bedroht sind, darf höchstens nur auf Zuchthaus von 16 Jahren erkannt, es kann aber bis zu einem Viertheile des niedrigsten Maßes der angedrohten Strafe herabgegangen werden;
3) bei allen andern strafbaren Handlungen darf nicht über die Hälfte des höchsten Maßes der angedrohten Strafe hinaus-, es kann aber vorbehaltlich dessen, was in den Art. 17, 20 und 26 bestimmt ist, bis zu einem Viertheile des niedrigsten Maßes dieser Strafe herabgegangen werden.

Wäre hienach auf eine Gefängnißstrafe zu erkennen, welche drei Monate nicht übersteigt, so kann statt derselben eine entsprechende Geldstrafe, jedoch nicht über fünfzig Gulden, verhängt werden. Bei Uebertretungen kann statt der Arreststrafe auf eine Geldstrafe bis zu zehn Gulden erkannt werden.

Entstehungsgeschichte des Art.

§. 1. Rückblick. Das Verstandes- und Willensvermögen, wodurch die Zurechnungsfähigkeit bedingt wird, ist eben so wie alle anderen Fakultäten des Geistes

und Gemüthes in manchfachen Abstufungen vorhanden, welchen eben so viele Abstufungen der subjektiven Verschuldung und der Strafbarkeit entsprechen; ebenso sind verschiedene äußere Einflüsse denkbar, durch welche sich die subjektive Verschuldung und damit die Strafbarkeit bei allen Delikten als gemindert darstellt. Diese unbestreitbare Wahrheit ist in der älteren Doktrin und Gesetzgebung [1]) eben so anerkannt wie heut zu Tage, wenn es auch zuerst wohl Kleinschrod gewesen ist, welcher die hieher gehörigen Zustände und Fälle unter den abstrakten Begriff der geminderten Zurechnung oder Zurechnungsfähigkeit zusammengefaßt hat [2]).

Dieser Begriff hat zwar in Feuerbach einen entschiedenen Gegner gefunden [3]); indem er jedoch den Mangel des Thatbestandes als allgemeinen Milderungsgrund postulirt, hat er die sog. geminderte Zurechnung durch eine Hinterthüre wieder in die Reihe der Milderungsgründe eingeführt. Ebenso in seinem Entwurfe v. J. 1810 Art. 88. Dieser Artikel hat das Marginale: „Mangel an dem Thatbestande und anderen gesetzlichen Voraussetzungen zur ordentlichen Strafe," und bestimmt, daß, „wenn zwar ein Verbrechen gegen die angeschuldigte Person auf rechtliche Art erwiesen, jedoch in Ansehung des einen oder anderen Umstandes, der zum vollständigen Thatbestande des Verbrechens gehört, oder von welchem sonst die volle ordentliche Strafe mit abhängt, ein Mangel oder eine Ungewißheit vorhanden ist, dann ebenfalls im Verhältnisse der Zahl und Wichtigkeit der mangelnden oder zweifelhaften rechtlichen Voraussetzungen die ordentliche Strafe herabgesetzt werden soll." — Die Beziehung dieser Vorschrift auf die Zurechnung bietet sich von selbst dar; ist hinsichtlich der subjektiven Bedingungen derselben ein Mangel vorhanden, so ist die Strafmilderung begründet.

War es die Erkenntniß, daß sich auf diesem Wege der perhorreszirte Milderungsgrund der geminderten Zurechnung gleichwohl eingeschlichen habe

---

[1]) Vgl. u. a. Cod. jur. bav. crim. Thl. I Kap. 1 §. 15–20. Derselbe führt nachstehende Thatsachen unter bestimmten Voraussetzungen als causae mitigandi auf: Minderjährigkeit bis zum 16. Lebensjahre; hohes Alter; Sprach- und Gehörlosigkeit; Trunkenheit; Gähheit und Uebereilung; halbe Verrücktheit.

[2]) G. A. Kleinschrod, system. Entw. d. Grdb. d. peinl. R. I §. 78, II §. 58. — Ueber die geschichtliche Entwickelung der Milderungsgründe und des in Frage stehenden Milderungsgrundes insbesondere vgl. Lippmann, Dr. Karl, Lehre von der richterl. Strafänderungsbefugniß, 1863, S. 53 f.

[3]) Revision der Grundbegriffe des peinl. R. I S. 150 f. — Lehrb. §. 97. — Ders., de causis mitigandi ex capite impeditae libertatis, 1799.

oder die Furcht vor dem Mißbrauche dieses äußerst dehnbaren Milderungsrechtes, — das StGB. v. J. 1813 hat zwar in Art. 106 den Milderungsgrund des Mangels am Thatbestande jedoch mit Hinweglassung der Gleichstellung „des einen oder anderen Umstandes, von welchem sonst die ordentliche Strafe abhängt," — also mit Beschränkung auf den objektiven Thatbestand aufgenommen [4]). In dem durch ein offenbares Versehen aus dem Entw. in das Gesetzbuch übergegangenen Marginale zu Art. 106 blieben jedoch die „anderen rechtlichen Voraussetzungen der gesetzlichen Strafe" stehen, und theils hierin, theils in einer Stelle der Anm. I S. 300, — welche den Berauschten, dessen Rausch zwar nicht alle Zurechnung ganz aufhebt, aber es zweifelhaft läßt, ob er mit hinreichender Ueberlegung und vollem Bewußtsein der That und ihrer Rechtswidrigkeit gehandelt hat, und ebenso denjenigen, welcher sich durch Leidenschaft zum Verbrechen hinreißen läßt, an der Wohlthat des Art. 106 betheiligt, — fand die bayerische Praxis hinreichende Anhaltpunkte, um auch den Mangel an subjektiven Erfordernissen der Schuld, namentlich an der Zurechnungsfähigkeit, unter den Art. 106 zu subsumiren [5]).

Es war in der That der Ausdruck der in der Praxis vorherrschenden Ueberzeugung und Uebung, wenn der Entw. v. 1822 den allgemeinen Strafmilderungsgrund der geminderten Zurechnung als solchen direkt in die bayerische Strafgesetzgebung einzuführen suchte. Durch Art. 86 sollen die Gerichte ermächtigt werden, in allen Fällen, wo aus den Umständen hervorgeht, daß die Zurechnung zwar nicht ganz ausgeschlossen, jedoch in solchem Grade gemindert ist, daß die gesetzliche Strafe der That außer Verhältniß mit der Strafbarkeit des besonderen Falles stehen würde, die Strafe in demselben Verhältnisse herabzusetzen, in welchem die Strafe des versuchten Delictes gegenüber der des vollendeten gemindert ist (Entw. Art. 48). — Die Einwendungen gegen den so gestalteten Milderungsgrund [6]) griffen die Gefahr des Mißbrauches auf, zu welcher eine so allgemeine Regel in Verbindung mit dem weiten dem richterlichen Ermessen gewährten Spielraume führen könne, — wogegen sich Gönner [7]) auf

---

4) So schon der ältere Kriminalkodex v. J. 1751 Thl. I Kap. 24: „Wo in dem corpore delicti oder sonst in dem Prozesse ein solcher Mangel erscheint, daß die erforderliche Probe dadurch in billigen Zweifel geräth, so greift statt der ordentlichen nur eine mildere Strafe Platz".

5) Vgl. Seuffert in den Bl. f. RA. III S. 1; v. Arnold, Archiv d. KrR. 1843 S. 109.

6) Oersted, Prüfung des n. Entw. z. einem StGB. f. d. KR. Bayern, 1823, S. 222, 104—228.

7) Etliche Motive u. s. w. S. 132 f.

Gründe der Gerechtigkeit und der Kriminalpolitik berief, da in solchen Fällen ähnlich wie bei dem Versuche und der Theilnahme nicht die volle, sondern nur eine mittlere Strafe gerechtfertigt sei, und beim Mangel einer solchen Ermächtigung die Richter — in der schwierigen Alternative der Verurtheilung zur vollen Strafe und der Freisprechung — die letztere vorziehen würden.

Mit dieser Motivirung ging denn auch die allgemeine Ermächtigung des Strafrichters, wegen geminderter Zurechnung die Strafe zu mildern, in die nachfolgenden Entwürfe über, mit ausdrücklicher Beschränkung auf solche Zustände, in welchen das Bewußtsein getrübt oder die Vernunftthätigkeit oder Urtheilskraft gemindert ist[8]). Im Entw. v. J. 1831 Art. 82 wurde die in den früheren Entw. enthaltene Ermächtigung des Strafrichters zur Herabsetzung der ordentlichen Strafe in eine Präzeptivvorschrift umgewandelt.

Indeß die Aufnahme der „geminderten Zurechnungsfähigkeit" in die Reihe der gesetzlichen Milderungsgründe galt in der Praxis für ein so ausgemachtes Bedürfniß, daß man das Zustandekommen eines allgemeinen neuen StGB. nicht abwartete. Das Gesetz v. 29. Aug. 1848, welches die durch die beabsichtigte Einführung des Schwurgerichtes am dringendsten gebotenen Aenderungen und Ergänzungen des StGB. antizipirte, hat in Art. 3 die geminderte Zurechnungsfähigkeit, im Anschlusse an die Formulirung der vorangegangenen Entwürfe des StGB. — in der Beschränkung auf eine erhebliche Trübung des Bewußtseins der Strafbarkeit — als allgemeinen gesetzlichen Milderungsgrund zugelassen[9]). Die Entscheidung

---

[8]) Entw. v. J. 1827 Art. 58 und Motive S. 45; Entw. v. J. 1831 Art. 82 und Motive dazu. — Daß Gönner den Milderungsgrund auch nur in dieser Beschränkung aufgefaßt hat, ergibt sich aus den „etlichen Motiven" S. 135, wo als Beispiele „Trunkenheit, Schwermuth, Dummheit, religiöse Schwärmerei, Wahnsinn mit lichten Zwischenräumen" angeführt werden.

[9]) Der Art. 3 lautet: „Wenn das Bewußtsein der Strafbarkeit der Handlung in dem Verbrecher zur Zeit der begangenen That zwar nicht gänzlich aufgehoben, aber doch durch große Geistesbeschränktheit, durch Altersschwäche, durch Gemüthskrankheit, durch unverschuldete Trunkenheit oder durch eine andere derartige Verwirrung der Sinne oder des Verstandes in so hohem Grade getrübt war, daß bei der Entscheidung der Thatfrage die Zurechnungsfähigkeit als gemindert erklärt wird, so sind die Gerichte ermächtigt, auf eine geringere als die gesetzliche Strafe zu erkennen." — Statt „große Geistesbeschränktheit" hatte der Entwurf „eine dem Blödsinne nahekommende Geistesbeschränktheit" vorgeschlagen; es sollte nicht wegen jeder unbedeutenden Geistesbeschränktheit die Strafe gemildert werden. Hiefür wurde dann der erstere

eines das Dasein der geminderten Zurechnungsfähigkeit bedingenden Zustandes ist ausdrücklich dem Richter der That anheimgestellt, der Strafrichter ist aber auf die Feststellung der geminderten Zurechnungsfähigkeit hin nur ermächtigt, auf eine geringere als die gesetzliche Strafe zu erkennen, in demselben Maße wie bei dem Milderungsgrunde des jugendlichen Alters. Der oberste Gerichtshof hat diese Ermächtigung in strengem Wortverstande aufgefaßt und somit dem Richter der Strafe anheimgegeben, ob er dem festgestellten Milderungsgrunde eine Folge bei der Strafausmessung einräumen wolle[10]). Ebenso hat er entschieden, daß eine Fragestellung wegen geminderter Zurechnung an die Geschworenen vom Ermessen des Vorsitzenden abhänge, und daß die Geschworenen von sich aus ohne eine besondere darauf gerichtete Frage zur Konstatirung der geminderten Zurechnung nicht befugt seien [11]) [12]) [13]).

So halten auch die beiden nachfolgenden Entwürfe v. J. 1851 und 1853 bei der Umschreibung des Milderungsgrundes der geminderten Zurechnungsfähigkeit fest an der Beschränkung desselben auf Zustände wesentlicher oder erheblicher Trübung des Bewußtseins von der Strafbarkeit der Handlung[14]); eben so bleibt es bei der bloßen Ermächtigung des Strafrichters zur Berücksichtigung dieses Milderungsgrundes; das zulässige Minimum der Minderung der ordentlichen Strafe ist aber weiter herabgesetzt. — Die Verhandlungen der Gesetzgebungsausschüsse zu dem Art. 84 des Entw. v. J. 1853 führten zu einer, der veränderten Fassung der Bestimmungen über die Aufhebung der Zurechnung analogen Umbildung desselben[15]).

Ausdruck auf Antrag des Ref. eingestellt. Verh. d. K. d. RR. v. J. 1848 Beil.-Bd. I S. 23; der K. d. Abg. Beil.-Bd. I S. 11.

10) Zeitschr. f. GG. u. RPfl. V S. 29, 314.

11) SB. V S. 126 f.; IV S. 453.

12) Beides unter dem Widerspruche der Doktrin. Daß in der „Ermächtigung" eine Verpflichtung enthalten sei, s. Fr. Walther i. d. Bl. f. RA. XXI Erg.-Bl. Nr. 4 S. 465 f.; Max Bolgiano das. Bd. XXIV S. 209 f. — Daß die Geschworenen auch ohne eine veranlassende Frage des Präsidenten zur Konstatirung geminderter Zurechnung befugt seien, s. Seuffert i. d. Bl. f. RA. XIX S. 1 f. Dagegen Fr. Walther, Lehrb. d. bayer. Strafprozeßrechtes S. 392.

13) Geminderte Zurechnung wurde nach den vorliegenden statistischen Berichten angenommen i. d. J. 1849/50: in 51 Fällen; in den J. 1850/51 — 1853/54 in 57 Fällen; in den J. 1854/55 — 1856/57 in 34 Fällen (bei 1139 Verurtheilungen). Zeitschr. II S. 263; VI S. 499.

14) Entw. v. J. 1851 Art. 94; v. J. 1853 Art. 83.

15) Ref. II, 1 S. 54. Verh. II, 1, Bd. I S. 207.

Es wurde als eine Forderung der Konsequenz geltend gemacht, daß die Gründe der geminderten Zurechnungsfähigkeit den Aufhebungsgründen derselben parallel laufen müssen, daß also nicht nur wegen Trübung des Bewußtseins oder der Urtheilskraft, sondern auch wegen Gewalt, Drohung, Nothstand, geminderte Zurechnung anzunehmen sei. Demgemäß erhielt im Wesentlichen nach den Vorschlägen von Dr. Weis die ganze Bestimmung ihre jetzige Fassung, indem die mit der postulirten Aufnahme des Prinzipes der mildernden Umstände zusammenhängenden Einwendungen des RR. Dr. von Heintz[16]) keine weitere Folge hatten. Der Entw. v. 1860 Art. 69 nahm die Beschlüsse der GGA. auf, und so gingen dieselben mit einer einzigen das Minimum der Strafmilderung betreffenden Modifikation in das StGB. als Art. 68 über. — Daß die Konstatirung des Milderungsgrundes dem Richter der That obliege, und daß in Folge derselben der Strafrichter die Strafe zu mildern verpflichtet sei, ist ausdrücklich hervorgehoben; zugleich ist durch das Einf.-Ges. Art. 22 die Stellung einer auf das Dasein der geminderten Zurechnung gestellten Frage an die Geschworenen dem Ermessen des Assisenpräsidenten entrückt.

§. 2. Fortsetzung. Prinzip und Inhalt des Art. 68 im Allgemeinen[17]).

In der Fassung des im Art. 68 aufgestellten Milderungsgrundes geht der Gesetzgeber aus von einem normalen und regelmäßigen Maße der Urtheilskraft und der Willensfreiheit, so wie der Freiheit der Selbstbestimmung, durch welches die volle Verschuldung und somit die darauf gemünzte ordentliche gesetzliche Strafe bedingt ist. Sind die subjektiven Fakultäten, welche die Zurechenbarkeit der Handlung bedingen, zwar vorhanden, aber in erheblicher Beschränkung oder Abschwächung, so soll die darin begründete Minderung der subjektiven Verschuldung ihren Ausdruck in einer entsprechenden Herabsetzung der ordentlichen gesetzlichen Strafe finden. Eben so

---

[16]) GGA. I Beil.-Bd. 1 S. 214. — v. Heintz erklärte sich gegen die Aufnahme von Bestimmungen über die geminderte Zurechnung überhaupt; er hob hervor, daß die Zurechnungsfähigkeit keine Grade habe, und daß das, was man unter geminderter Zurechnungsfähigkeit begreifen könne, nur Strafmilderungsgründe seien, welche sich auf den Seelen- und Geisteszustand des Thäters beziehen.

[17]) Vgl. überh. Schwartze im Archiv d. KrR. Jahrg. 1853 S. 298. — v. Arnold das. S. 238. — Wächter, sächs. StrafR. I S. 325. — Lippmann a. a. O. S. 98. — Hocheder, Komm. S. 331; Weis I S. 199 f.; Stenglein I S. 540.

sollen jene äußeren Einflüsse auf die Willensbestimmung, welche in ihrer vollen Stärke die Zurechenbarkeit ausschließen, wenn sie in minderem Grade auftreten, Schuld und Strafbarkeit herabsetzen [18]). Mit anderen Worten läßt sich der Inhalt des Art. 68 auch dahin umschreiben, daß jene psychischen Störungen und äußeren Einflüsse, welche in ihrer vollen Entwickelung oder stärksten Einwirkung die Zurechnung und Verschuldung nach Art. 67 völlig aufheben, dieselbe mindern und herabsetzen, wenn sie nur in einem schwächeren Grade gegeben sind [19]).

Die innere Berechtigung dieser Bestimmung läßt sich nicht beanstanden. Denn so anerkannt es ist, daß die Zurechnungsfähigkeit keine Abstufungen hat, indem der Mensch zur Zeit seiner That sich entweder in einem solchen geistigen Zustande befunden hat, daß er für dieselbe moralisch und rechtlich verantwortlich gemacht werden kann oder nicht; — eben so unzweifelhaft hat die subjektive Verschuldung ihre vielfachen Grade.

Das Prinzip für diese Abstufung der subjektiven Verschuldung ist vor allem in dem Maße der die Zurechnungsfähigkeit bedingenden geistigen Kräfte zu suchen, wie sie dem Thäter zur Zeit seiner That innewohnten. Das Vermögen, die Beschaffenheit der Handlung in moralischer und juristischer Beziehung richtig zu würdigen, die Kraft der freien Willensbestimmung hat eben so viele Abstufungen wie andere geistige Fakultäten. Zwischen dem vollen Dasein derselben und dem gänzlichen Mangel sind

---

[18]) Daß es inkorrekt sei, von geminderter Zurechnungsfähigkeit zu sprechen, ist jetzt wohl eben so allgemein anerkannt, als daß die Zurechenbarkeit, soweit sie auf dem Bewußtsein und Willen beruht, ihre Abstufungen habe, daß namentlich die geistigen Fakultäten, durch deren Dasein die Schuld bedingt ist, in mannigfacher Abstufung vorkommen können, und daß die Abschwächung derselben zu einer Milderung der ordentlichen gesetzlichen Strafe führen müsse. — Vgl. Ad. Henke, Abh. aus d. gerichtl. Medizin II S. 289; Lehrbuch §. 45. — Friedreich, Hdb. d. ger. Psychol. 3. Ausg. S. 122. — Clarus, Beitr. S. 179. — Ideler, Lehrb. d. ger. Psychol. S. 45; in Goltdammer's Archiv V S. 290. — Casper, Hdb. d. ger. Med. II S. 383. — Jarcke, Hdb. d. StrafR. I S. 130, und in Hitzig's Zeitschr. f. preuß. StrafR. XI S. 193 f. — Wächter a. a. O. S. 332. — Mittermaier, GS. 1859 S. 52, 381. — Hälschner a. a. O. I S. 285. — Geib, Lehrb. II S. 105.

[19]) Die letztere Fassung hat nam. Hess. StGB. Art. 114 Ziff. 2, dann Bad. StGB. Art. 153 Ziff. 2, endlich K. Sächs. StGB. Art. 88, 96, 97 vorgezogen. Die Fassung unseres Art. ist vorgebildet im Würtemb. StGB. Art. 98, Braunschw. Art. 60. — Ebenso im preuß. Entw. v. J. 1845 §. 61. —

viele Zwischenzustände; eine tiefere Stufe derselben bedingt von selbst eine geminderte Verschuldung und eine geminderte Strafe.

Außerdem heischen aber auch jene äußeren Einflüsse auf die Willensbestimmung ihre Berücksichtigung, welche, wie Zwang, Drohung, Nothstand, die Freiheit der Willkür beschränken und schwächen. Auch sie lassen sich in verschiedener Abstufung denken, welcher eben so viele Grade der subjektiven Schuld entsprechen.

Es ist daher ein Vorzug unserer StGB. darin zu erkennen, daß es den Milderungsgrund der geminderten Zurechnung nicht — wie einzelne neuere Gesetzbücher thun[20] — auf die die Zurechnungsfähigkeit bedingenden geistigen Fakultäten beschränkt, sondern auf den Einfluß der Gewalt, Bedrohung, des Nothstandes ausgedehnt hat. —

Zur richtigen Würdigung und zum rechten Verständnisse des Milderungsgrundes der geminderten Zurechnung ist im Allgemeinen auf folgende Punkte hinzuweisen.

1) Der Milderungsgrund der geminderten Zurechnung greift nur dann Platz, wenn die Zurechenbarkeit der Handlung, insbesondere die Zu-

---

[20]) Von den neueren StGB., welche den Strafmilderungsgrund der geminderten Zurechnung überhaupt kennen, hat

1) das Württembergische Art. 98 und das Thüringische Art. 59 denselben auf „einen so hohen Grad von Blödsinn und Verstandesschwäche, daß die gesetzliche Strafe im Mißverhältniß zu der Verschuldung stehen würde," beschränkt.

2) In der weiteren Ausdehnung auf jeden Zustand, „in welchem das Bewußtsein verdunkelt, der Vernunftgebrauch verhindert, die Sinne oder der Verstand verwirrt ist, jedoch ohne Berücksichtigung der Beschränkung der Spontaneität der Willensbestimmung. — kennt den Milderungsgrund das Gh. Hess. StGB. Art. 114 Ziff. 2 und die ihm entlehnten GG., dann Braunschw. Art. 60. — Auch der Preuß. Entw. v. J. 1845 §. 61; s. Goltdammer's Mater. I S. 400.

3) Zu seiner vollen Entwickelung ist der Milderungsgrund gelangt in dem Badischen StBG. §. 153, dann in dem k. Sächsischen Art. 88, 96, 97. — Hier sind alle Zustände berücksichtigt, welche in dem vom Gesetzgeber vorausgesetzten Grade die Zurechnung aufheben, soferne sie in einem annähernden Grade vorhanden sind, einschlüssig des Zustandes von Bedrohung u. s. w. —

Ganz fremd ist der vorwürfige Milderungsgrund dem Hannover'schen und Preußischen StGB. — Hinsichtlich des letzteren bemerkt Hälschner, Preuß. StrafR. II S. 294, daß trotz des Stillschweigens des GB. über den in Frage stehenden Milderungsgrund die Praxis denselben gleichwohl zu berücksichtigen habe. — Siehe überhaupt über die neueren StGB. in dieser Beziehung Wächter, Sächs. StGB. I S. 332. — Geib, Lehrb. II S. 105.

rechnungsfähigkeit des Thäters, außer Frage steht. Die geminderte Schuld setzt das Dasein der Schuld überhaupt voraus. Unser Milderungsgrund darf daher nicht als Ausweg für solche Fälle gebraucht werden, in welchen über die Zurechnungsfähigkeit des Thäters begründete Zweifel bestehen; es darf nicht auf ihn kompromittirt werden, um der Schwierigkeit zu entgehen, mit welcher im einzelnen Falle die Bildung einer bestimmten Ansicht über die Zurechnungsfähigkeit des Beschuldigten verbunden sein kann. Der Richter hat vielmehr daran festzuhalten, daß die Schuld im einzelnen Falle nur dann anzunehmen ist, wenn die einzelnen Elemente derselben, namentlich also auch die Zurechnungsfähigkeit, vollständig erwiesen sind. Nur wenn die Annahme der Schuld und Strafbarkeit überhaupt feststeht, hat die Frage über geminderte Zurechnung einen Boden und ihre unerläßliche Voraussetzung[21]).

2) Der Milderungsgrund der geminderten Zurechnung kann nur auf der thatsächlichen im hinreichenden Grade erwiesenen Grundlage eines bestimmten Zustandes, einer bestimmten äußeren Einwirkung angenommen werden, welcher erfahrungsgemäß geeignet ist, in erheblichem Maße die Urtheilskraft zu trüben oder die Willensfreiheit zu beschränken. Der Milderungsgrund des Art. 68 soll nicht die Hinterthüre bilden, durch welchen das gesetzlich verworfene allgemeine arbiträre Milderungsrecht des Schuldrichters wegen „*mildernder Umstände*" sich in die Strafrechtspflege wieder einschleicht. Es ist nicht der *allgemeine* Eindruck, welcher die That überhaupt als eine leichtere oder *minder strafbare* erscheinen läßt, was zur Annahme dieses in scharfer Eigenthümlichkeit geprägten Milderungsgrundes ermächtigt, sondern lediglich eine vollkommen erwiesene bestimmte Thatsache in der im Artikel genau bezeichneten Richtung. — In diesem Sinne sind die Geschworenen

21) Mit großer Vorsicht ist daher die Lehre der neueren Psychologie aufzufassen, daß die sog. zweifelhaften Gemüthszustände durch Herabsetzung der gesetzlichen ordentlichen Strafe ihre forensische Erledigung zu finden haben. (Vgl. Ideler in Goltdammer's Archiv V S. 292 f.; und Lehrb. d. ger. Psych. S. 294 f.) — Sprechen sich die Sachverständigen in einem gegebenen Falle dahin aus, daß zwar keine ausgeprägten entschiedenen Symptome von Seelenstörung, wohl aber die Anzeichen einer krankhaften Alterirung des Gemüthslebens vorliegen, so hat der Richter von seinem Standpunkte aus zu beurtheilen, ob durch diese letzteren die juristischen Voraussetzungen der Zurechnung aufgehoben sind oder nicht. Erst wenn er sich für die letztere Alternative entscheidet, hat er weiter zu prüfen, ob ein Zustand zur Zeit der That vorhanden gewesen, welcher eine erhebliche Trübung der Urtheilskraft oder eine starke Beschränkung der Selbstbestimmungsfähigkeit und Willensfreiheit in sich schließt.

von dem Präsidenten zu belehren, wenn er vermöge Antrages der Vertheidigung oder von Amtswegen eine Frage wegen geminderter Zurechnung stellt, und in diesem Sinne haben die Bezirks- und Appellrichter ihr Urtheil zu motiviren, wenn sie geminderte Zurechnung annehmen.

3) Nur solche Zustände oder Einflüsse können aber die Milderung wegen geminderter Zurechnung begründen, durch welche eine erhebliche Trübung des Bewußtseins, eine erhebliche Schwächung oder Beschränkung der Willensfreiheit oder der Selbstbestimmung — im Zeitpunkte der That — in dem Thäter herbeigeführt ist. — Die (betreffenden Artikel) setzen immer einen Zustand voraus — bemerken die Motive zu dem Entw. v. J. 1853 S. 275 — durch welchen das Bewußtsein der Strafbarkeit der Handlung in dem Thäter wesentlich getrübt, dessen Zurechnungsfähigkeit wesentlich gemindert erscheint; er findet also keineswegs Anwendung auf die leichteren Grade von Trunkenheit, Exaltation, Verstandesschwäche, Ausbildungsmangel u. s. w., welche eine Störung jenes Bewußtseins nicht begründen, sondern allenfalls nur bei Ausmessung der ordentlichen Strafe in Betrachtung kommen können[22]).

Ob freilich ein gegebener Zustand in der vom Art. 68 postulirten erheblichen Weise eingewirkt hat, ist dem freien Urtheile des Richters der Schuld anheimgegeben. Einzelne Andeutungen in dieser Beziehung sind dem folgenden §. vorzubehalten.

§. 3. Die einzelnen zu geminderter Zurechnung führenden Zustände.

Es sind dies — wie schon oben bemerkt — theils solche, welche in ihrer vollen Entwickelung die Zurechnungsfähigkeit ausschließen; theils sind es solche äußere Einwirkungen auf die Willensbestimmung, welche in ihrer vollen Stärke die Entschuldbarkeit des Thäters begründen[23]). — Von einem anderen Gesichtspunkte aus sind sie theils Hindernisse der klaren Erkenntniß der rechtswidrigen Beschaffenheit des Thuns, theils Hindernisse, und Beschränkungen der spontanen freien Willensbestimmung.

Eine erschöpfende Aufzählung der hieher gehörigen Thatsachen ist hier

---

[22]) In gleichem Sinne die Erklärungen in den Verh. der GGA. — Verh. II, 1 S. 208 f. — Vgl. Krug, Komm. z. d. k. sächs. StGB. I S. 188: „Eine gewisse Vorsicht ist bei der Anwendung dieses Artikels allerdings nöthig, wenn dadurch nicht das Strafsystem des Gesetzes untergraben werden soll." — Breidenbach a. a. O. S. 612.

[23]) Vgl. oben S. 410, 437.

nicht zu geben. Folgende Andeutungen haben auch die Autorität der neueren Doktrin für sich.

1) Eine wenngleich erhebliche Verstandesschwäche — auch als Albernheit, Schwachsinn, Dummheit, Fatuität, niederster Grad von Blödsinn bezeichnet — kann nicht unbedingt noch bei allen Delikten eine Strafmilderung begründen.

Es sind zu unterscheiden solche Verbrechen, deren Strafbarkeit auch eine beschränkte Verstandeskraft einzusehen und zu erkennen befähigt ist, weil sie jedem in das Gewissen geschrieben und dem einfachsten Rechts- und Sittlichkeitsgefühle geläufig ist, — und andere, bei welchen zur vollen und klaren Erkenntniß der Strafbarkeit ein über die nächsten Vorkommnisse des alltäglichen Lebens hinausreichender Blick erforderlich ist. — Ob der Mörder, Todtschläger, Brandstifter, der Falschmünzer oder der Urheber einer Nothzucht u. dgl. dumm oder verschlagen, ein Schwachkopf oder ein aufgeweckter Mensch ist, dürfte schwerlich in Betracht kommen, da auch der dummste recht wohl weiß, daß man nicht morden, rauben u. s. w. darf, und überdieß Dummheit und Bosheit nicht selten vereint sind, — während bei Verbrechen, welche einen streng positiven Charakter an sich tragen, wie manche politische Verbrechen, die Schuld des verstandesschwachen Einfältigen, namentlich wenn er unter dem Einflusse fremder Einwirkung gehandelt hat, in einem milderen Lichte erscheinen wird [24].

Kaum nöthig möchte noch die Erinnerung sein, daß, so wenig als der Blödsinn, auch die Verstandesschwäche mit bloßer Unwissenheit, Beschränktheit, Verlegenheit, Unbeholfenheit oder gar mit der naiven Ausdrucksweise der niederen Volksklassen besonders auf dem Lande verwechselt werden darf [25].

Einen wesentlich schwächenden Einfluß auf die Verstandeskräfte hat

---

24) Insoweit kann auch die Berufung auf Rechtsunkunde zulässig sein und zu Strafmilderung führen. —

Nach der ä. GG. führte es lediglich zu Strafmilderung bei der Zumessung arbiträrer Strafen, wenn „der Verbrecher wegen Mangels an Unterricht oder aus natürlicher Schwäche des Verstandes den vollen Umfang der Gefährlichkeit und die Größe der Unerlaubtheit oder Strafwürdigkeit seiner Handlung nicht eingesehen hat, StGB. v. J. 1813 Art. 93 Ziff. I, — und nach Art. 71 das. soll die Berufung auf Unwissenheit über das Dasein eines Strafgesetzes dann gehört werden, wenn (Blödsinn) große Dummheit (oder andere dergleichen Gemüthsfehler) dieses Vorgeben unterstützen." — Nach dem Cod. j. bav. crim. Thl. I Kap. 1 §. 17 sollten „jene — denen der Verstand nur halb verrückt ist, von der ordinari Straf befreit sein."

25) S. überh. Jarcke a. a. O. S. 146. — Vgl. auch Jdeler, Hdb. S. 162 f.

erfahrungsgemäß nicht selten das höhere Alter. Artet derselbe nicht in völligen Stumpf- oder Blödsinn aus, so ist eine Strafmilderung begründet [26]).

2) Es ist eine in der Psychologie anerkannte Thatsache, daß es krankhafte Störungen des Gemüthes und Seelenlebens gibt, welche zwar mit keiner erweislichen Geistesstörung, vielmehr mit einem deutlichen Selbst- und Weltbewußtsein verbunden sind, somit auch die Zurechnung nicht aufheben können, gleichwohl aber zu einer erheblichen Schwächung der Erkenntnißkraft und einer Beschränkung der freien Selbstbestimmung führen [27]). Anhaltende schwere und unverschuldete Seelenleiden, die Affekte von Verzweiflung, Furcht und Schrecken, so weit sie nicht die Zurechnung aufheben, — schwere Krankheiten, namentlich des Nervensystemes, die mit dem Zustande der Schwangerschaft oder mit dem Geburtsakte zuweilen verbundenen stürmischen Gemüthsaffekte, Hypochondrie u. dgl. können den Richter unter Umständen zur Annahme einer geminderten Zurechenbarkeit veranlassen [28]).

3) Die Trunkenheit [29]) mindert die Schuld und führt zur Strafmilderung, wenn durch sie zwar die Fähigkeit der Selbstbestimmung nicht vollständig ausgeschlossen, jedoch eine so erhebliche Trübung des Bewußtseins oder eine solche Aufregung der Phantasie und der Gefühle herbeigeführt ist, daß Ueberlegung und Besonnenheit in dem Gemüthe des Trunkenen zurücktreten und die Exaltation der Sinne ihn zu einem Ueberspringen der Schranken der Sitte und des Rechtes fortreißt [30]).

---

[26]) Breidenbach a. a. O. S. 615. — Nach dem ä. StGB. Art. 103 soll hohes Alter als solches nur nach zurückgelegtem sechzigsten Lebensjahre und zwar lediglich hinsichtlich der Erstehung der Kettenstrafe eine strafmildernde Wirkung haben. — Der Cod. j. bav. crim. v. 1751 a. a. O. §. 16 schrieb vor, daß bei dem hohen Alter „nicht soviel die Anzahl der Jahre als die Beschaffenheit des Leibes und Verstandes in Erwägung kommt. Hat das Alter bereits in Kindheit abgeartet, so ist die Strafe nach dem Grade der Einfalt oder Unverständigkeit abzumessen und zu mindern oder ganz nachzusehen."

[27]) Vgl. Ideler, Lehrb. S. 48 f., S. 206, 294. – Ideler bezeichnet diese Zustände als zweifelhafte Gemüthszustände. Vgl. hierüber oben S. 451 Note.

[28]) Vgl. Ideler a. a. O. S. 50, 107 f., 184, 202 f.

[29]) Vgl. insbes. Wächter, sächs. StGB. I S. 347.

[30]) Ausdrücklich hervorgehoben als Strafmilderungsgrund ist die Trunkenheit im Braunschweigischen StGB. §. 60, 61 Ziff. 1.

Ausgeschlossen ist die strafmildernde Wirkung der Trunkenheit im Thüring. StGB. Art. 59 sowie im Württemb. StGB. Art. 96. — Hier und in gleicher Weise nach den GG., welche überhaupt einen allgemeinen Strafmilder-

Bei einer nur in geringerem Grade von dem nüchternen Zustande abweichenden Sinnen- und Gefühlserregung — wie sie auf den Anfangsstufen der Trunkenheit, dem sog. Angetrunkensein, auftritt und sich in dem gesteigerten Gefühle der unmittelbaren sinnlichen Gegenwart äußert, greift eben deshalb eine Strafmilderung nicht Platz; ein solcher Zustand kann lediglich nach Umständen bei der Zumessung arbiträrer Strafe in's Gewicht fallen[31].

Ob die Trunkenheit selbst verschuldet war oder nicht, ist für ihren Einfluß auf Schuld und Strafe gleichgiltig. Das Erforderniß, daß die Trunkenheit eine unverschuldete sei, wie es noch in dem Ges. v. 29. Aug. 1848 aufgenommen ist[32]), wurde schon im Entw. v. J. 1853 Art. 83 aufgegeben, und diese Weglassung erfreute sich auch des Beifalles der GK.

Dagegen kann nicht bezweifelt werden, daß der Milderungsgrund dann wegfällt, wenn sich der Thäter vorsätzlich und in böser Absicht in trunkenen Zustand versetzt, um in diesem ein Verbrechen auszuführen. Denn die strafgesetzwidrige Willensbestimmung ist hier nicht in einem theilweise entschuldbaren, sondern in einem Zustande gefaßt, auf welchen der Milderungsgrund keine Anwendung leidet[33]).

4) Taubstummheit, auch wenn sie die Zurechnung nicht aufhebt, wird dieselbe mindern[34]), soweit dem Taubstummen nur eine mangelhafte

---

ungsgrund der geminderten Zurechnung nicht kennen, findet die Betrunkenheit (außer dem höchsten Grade) nur Berücksichtigung bei der Strafzumessung.

Ebenso kam sie nach ä. bayer. StGB., vgl. Art. 93 Ziff. V Anm. I S. 299, nur insoferne als Strafminderungsgrund in Betracht, wenn der durch sie bewirkte Gemüthszustand als „zufällig entstandene und an sich zu entschuldigende Leidenschaft oder Gemüthsbewegung" erschien. — Eine ausdrückliche Erwähnung und zwar als Grund geminderter Zurechnung gewinnt die Trunkenheit zuerst in dem Ges. v. 29. Aug. 1848. Die späteren Entw. führen sie nicht mehr namentlich an, begreifen sie aber unter dem allgemeinen Grundsatze.

31) Vgl. die treffende Darstellung der Wirkungen und Abstufungen der Trunkenheit bei Feuerbach, Darst. merkw. Verbr. II S. 692.

32) Vgl. ä. StGB. Art. 152: Die Strafe des Todtschlages soll gemildert werden, wenn der Todtschläger ohne sein Verschulden sich im Zustande des Rausches befunden. — Auch Cod. j. cr. bav. v. J. 1751 a. a. O. §. 19: „Trunkenheit — wo aber das Verschulden groß oder der Rausch nur mittelmäßig ist, da hört nicht alle, sondern nur die ordentliche Strafe auf."

33) Dieses müssen auch diejenigen zugeben, welche die actio libera in causa bei dem völlig Betrunkenen nicht annehmen. Vgl. auch Ref. II, 1 S. 54. — Ueberh. Wächter a. a. O. S. 351, 405 Abs. 3.

34) Nach dem ä. StGB. Art. 120 Ziff. 5 sollen „Taubstumme, welche über die Unerlaubtheit und bürgerliche Strafbarkeit ihrer Handlung gehörig unterrichtet sind, und deren Zurechnungsfähigkeit sonst außer Zweifel ist, — blos

Kenntniß des Sittengesetzes zugetraut werden kann, und andererseits die von außen einstürmenden leidenschaftlichen Antriebe zu einer verbrecherischen That auf ein Gemüth, welches mit seinen Vorstellungen und Empfindungen in sich zurückgedrängt ist, eine weit stärkere Gewalt üben, als bei anderen, welche ihrer inneren Bewegung einen wörtlichen Ausdruck zu geben, und sich dadurch eine naturgemäße Erleichterung und Ableitung zu verschaffen im Stande sind [35]).

5) Der Zustand leidenschaftlicher Erregung, in welchem die That begangen ward, ist für sich allein eben so wenig geeignet, die Zurechnung aufzuheben [36]) als zu mindern.

Vor Allem ist klar, daß durch die Leidenschaft, als die im Gemüthe wurzelnde Steigerung des Begehrungsvermögens in einer bestimmten Richtung, das Erkenntnißvermögen, Berechnung und Besonnenheit nicht geschwächt, Verstand und Sinne nicht getrübt werden: im Gegentheile wird die Energie des Verstandes wie des Willens durch die Leidenschaft geschärft und erhöht.

Aber auch aus dem Einflusse, welchen die Leidenschaft auf die Handlungen des Menschen übt, kann eine Minderung der Zurechnung nicht begründet werden. Denn so lange der Mensch geistig nicht gestört ist, behält er nach der Organisation seines sittlichen Wesens erfahrungsgemäß auch die Widerstandskraft gegenüber den stärksten leidenschaftlichen Impulsen, und somit die Fähigkeit freier Selbstbestimmung. Es ist also sein freier Wille, sich der Leidenschaft hinzugeben und ihren Antrieben zu folgen; nicht die Leidenschaft ist es, welche die Freiheit der Selbstbestimmung beschränkt, sondern in freier Selbstbestimmung unterwirft sich der Mensch der Leidenschaft und trägt daher für alles, wozu ihn die Leidenschaft antreibt, die volle sittliche und juristische Verantwortung.

---

wie Minderjährige unter 16 Jahren bestraft werden." Anm. I S. 302. — Nach dem C. j. cr. v. 1751 a. a. O. §. 18 sollen, wenn Sprach- und Gehörlose mit hinlänglichen Begriffen ihres Thuns und Lassens begabt sind, die Ordinari Straf nur dann gemildert werden, wenn sie nicht mittelst eigener Handschrift zur klaren lauteren Bekanntnuß gebracht werden mögen.

[35]) Vgl. Ideler, Lehrb. d. ger. Psych. S. 184. — Breidenbach a. a. O. S. 611. — „Auch die Blindheit", bemerkt Ideler a. a. O. S. 185, kann die Zurechnung und zwar dadurch beschränken, „daß sie die stetige Ursache der größten Leiden und Entbehrungen wird, daß sie durch Hemmung der praktischen Thätigkeit den Willen nicht zu derjenigen Stärke gelangen läßt . . . somit die freie Selbstbestimmung erschweren muß."

[36]) S. oben S. 423.

So ist es auch noch Niemanden eingefallen, gerade den stärksten Leidenschaften — jenen, welche zur Nothzucht und anderen Verbrechen gegen die Sittlichkeit treiben, einen strafmildernden Einfluß einzuräumen. Was sollen aber vor solchen leidenschaftlichen Antrieben andere voraus haben [37]? Wer der Leidenschaft einen allgemeinen strafmildernden Einfluß einräumen wollte, würde damit den Ernst der Strafrechtspflege in der Mehrzahl der Fälle schwächen, da den meisten Verbrechen leidenschaftliche Triebfedern zu Grunde liegen; er müßte ferner solchen Verbrechern, welche sich ihrer leidenschaftlichen Aufregung am willenlosesten und mit völliger Verläugnung ihres sittlichen Wesens hingeben, die weitestgehende Strafmilderung zuwenden, — Folgerungen, welche für sich allein schon geeignet sind, den Zustand der Leidenschaft von den Gründen der geminderten Zurechnung auszuschließen [38].

Dagegen kann dem Zustande des Affektes eine strafmildernde Wirkung nicht versagt werden. Indem der Affekt [39] wie ein Ungewitter das Gemüth des Menschen plötzlich überfällt und in seinen innersten Tiefen aufregt und erschüttert, kann es nicht fehlen, daß er mit einer starken und erheblichen Trübung und Schwächung des Bewußtseins und der Verstandesthätigkeit verbunden ist und hemmend auf die freie Willensbestimmung einwirkt.

Zwar hat das StGB. dem Affekte des Zornes eine besondere Beachtung nur bei der Tödtung und Körperverletzung zugewandt [40], aber nicht in der Intention, daß damit die Berücksichtigung desselben bei anderen Verbrechen ausgeschlossen sein soll. Vielmehr verhält sich Art. 68 zu jenen Sonderbestimmungen wie die lex generalis zur lex specialis; die letztere wäre angesichts der ersteren entbehrlich gewesen, wenn nicht die Eigenthümlichkeit

---

37) Daß namentlich auch der Wildheit und thierischen Grausamkeit, zu welcher der Verbrecher bei der Ausführung seines Verbrechens nicht selten fortgerissen wird, kein Einfluß auf die Zurechnung eingeräumt werden darf, s. oben S. 424 Note 33.

38) S. über den Einfluß der Leidenschaft auf die Zurechnung in der hier in Frage stehenden Richtung u. a. Wächter a. a. O. S. 353. Nach dem ä. StGB. Art. 93 soll sich die Strafbarkeit bei der Zumessung arbiträrer Strafen mindern, wenn der Verbrecher in einer zufällig entstandenen und an sich zu entschuldigenden Leidenschaft oder Gemüthsbewegung gehandelt hat, so ferne hierauf nicht schon von dem Gesetze selbst bei der Strafbestimmung ausdrücklich Rücksicht genommen ist.

39) S. über den Begriff des Affektes und dessen Unterschied von der Leidenschaft oben S. 423 Note 29.

40) Art. 229, 235.

der ohne Ueberlegung verübten Tödtung und Körperverletzung eine besondere Hervorhebung und Berücksichtigung veranlaßt hätte.

Unter der obigen Voraussetzung verdient daher jeder Affekt eine strafmildernde Rücksicht. Wer unter dem Eindrucke eines plötzlichen Schreckens, einer das Gemüth überfluthenden Verzweiflung oder Seelenangst, des Kummers, ein Verbrechen begangen hat; die Gebärende, welche in der nicht selten mit dem Geburtsakte verbundenen Gemüthsaufregung gehandelt hat: sie alle haben, — vorausgesetzt, daß ihr Zustand nicht die völlige Aufhebung der Zurechnung bedingt, — Anspruch auf die in Art. 68 sanktionirte Strafmilderung [41]).

§. 4. Forts. — Gewalt, Drohung, Nothstand [42]).

Gewalt und Drohung können die Zurechnung mindern, wenn sie zwar nicht in der oben S. 437 bezeichneten Stärke, aber doch in einem annähernden Grade angewandt sind, und die Freiheit der Selbstbestimmung beschränkten.

Ebenso der Nothstand, wenn der durch ihn Bedrohte zu seiner eigenen Rettung Rechtsverletzungen begangen hat, wie sie in diesem Umfange oder in dieser Schwere zu jenem Zwecke nicht nothwendig waren. Auch ein nur eingebildeter Nothstand kann mildernde Berücksichtigung verdienen, wenn die vorhandenen Umstände dazu angethan waren, in dem Betroffenen nach dessen Gemüthsstimmung oder Urtheilsfähigkeit die Meinung hervorzurufen, daß er sich in einer Zwangslage befinde, aus welcher er sich nur durch Eingriffe in fremde Rechtssphäre zu retten vermöge [43]).

---

[41]) Nach dem ä. StGB. Art. 93 Ziff. V hatte der Affekt, — soweit er nicht zu einer unverschuldeten Verwirrung der Sinne oder des Verstandes führt und die Zurechnung aufhebt, Art. 121 Ziff. 9, — nur die Kraft eines Strafmilderungsgrundes nach Art. 93 Ziff. V: „wenn der Thäter in einer zufällig entstandenen und an sich zu entschuldigenden Leidenschaft oder Gemüthsbewegung gehandelt hat."

Der Cod. j. b. cr. a. a. O. §. 20 läßt nur „Gähheit und Uebereilung" pro causa mitigante und zwar nur alsdann passiren, „wenn man aus nicht geringer Ursache und ohne selbsteigenen schuldhaften Anlaß dazu gereizt, anebens die That gleich in der ersten Hitze ohnüberlegt verübt und nachher genügsam bereut wurde."

[42]) Vgl. Wächter a. a. O. S. 357, 379, 381. — Schwarze a. a. O. S. 298.

[43]) Schwarze a. a. O. S. 289 führt an, „daß in den in Sachsen verhandelten Hochverrathsprozessen die Angeschuldigten sich nicht selten auf einen erlittenen Zwang Seitens der Aufrührer beriefen; — — die Fälle waren bisweilen

Bei Drohung und Gewalt wird geminderte Zurechnung um so leichter angenommen werden können, wenn ein Abhängigkeitsverhältniß zwischen dem Drohenden und dem Bedrohten, — wie zwischen Vater und Sohn, Ehemann und Ehefrau, obwaltet, durch welches die Gewohnheit des Gehorsams und der Nachgiebigkeit erzeugt wurde. —

Dagegen kann derjenige, welcher in Folge eines Befehles, welchem die oben S. 440 bezeichneten Eigenschaften nicht innewohnten, ein Delikt begangen hat, den Milderungsgrund der geminderten Zurechnung nicht anrufen, da dem Befehle der in Art. 68 unterstellte Einfluß nicht beigelegt werden kann. — Anders, wenn mit dem Befehle, um demselben größeren Nachdruck zu geben, Drohung oder Gewalt verbunden war; dann kann in Folge der Einwirkung der letzteren eine Strafmilderung begründet sein[44]).

§. 5. Forts. Strafzumessung auf Grund geminderter Zurechnung.

Ist die geminderte Zurechnung festgestellt, so ist der Strafrichter zur Herabsetzung der ordentlichen gesetzlichen Strafe verpflichtet[45]). Hinsichtlich des Maßes dieser Strafmilderung, so ist

1) der Ausgangspunkt derselben die „ordentliche gesetzliche Strafe", d. h. diejenige, mit welcher das Strafgesetz in abstracto den vorliegenden Reat bedroht, ohne Berücksichtigung der in den besonderen Umständen des Falles gegebenen Strafzumessungsgründe.

---

von der Art, daß die Angeschuldigten aus übertriebener Sorge vor Mißhandlungen ohne jeden Versuch, der Theilnahme am Aufruhre sich zu entziehen, dem Aufruhre sich anschlossen", — und bemerkt dazu, daß die Annahme einer geminderten Zurechnung die vollständige Würdigung der Schuld ermöglicht haben würde.

44) Wächter a. a. O. S. 359.

45) Hiemit ist die Streitfrage erledigt, zu welcher die fakultative Fassung des Milderungsgrundes in dem Ges. v. 29. Aug. 1848 Art. 3 Anlaß gegeben. Der Kassationshof hielt sich an den Wortlaut des Gesetzes und stellte es dem Ermessen des Gerichtshofes anheim, ob er den von den Geschworenen konstatirten Milderungsgrund zur Geltung bringen wolle. Zeitschr. V S. 29, 314. — S. oben S. 447 Note 12.

Auch der Entw. v. J. 1853 hatte nur eine Ermächtigung der Gerichte zur Herabsetzung der Strafe wegen geminderter Zurechnung ausgesprochen. Die imperative Fassung ist auf den Antrag des Ref. II im Hinblicke auf das prinzipielle Verhältniß der Geschworenen zu dem Strafrichter eingestellt. Ref. I, 1, S. 135 f. Ref. II, 1, S. 54. Verh. II, 1, S. 207 f. —

a) Bei arbiträren Strafdrohungen umfaßt daher die gesetzliche ordentliche Strafe den ganzen Strafrahmen, innerhalb dessen dem Richter ein Spielraum gegönnt ist, — gleichviel, ob das Gesetz ein Maximum und Minimum der Strafe ansetzt, oder ob es dem Richter gestattet, in leichteren Fällen bis zu einem bestimmten Minimum herab oder in schwereren bis zu einem gewissen Maximum hinauf zu gehen. — Daß die Strafe innerhalb des so bemessenen Strafrahmens auch im letzteren Falle die ordentliche gesetzliche Strafe ist, keine außerordentliche, wurde in Beziehung auf den Milderungsgrund der geminderten Zurechnung in den Verhandlungen der Gesetzgebungsausschüsse von Seite der Regierungskommissäre wie der Ausschußmitglieder ausdrücklich anerkannt[46]).

Ebenso gehört bei jenen Delikten, auf welche Freiheitsstrafe und Geldstrafe — fakultativ oder imperativ — gesetzt ist, die Verbindung beider Strafen in den Rahmen der ordentlichen Strafe. Es ist daher das für die Strafmilderung vorgeschriebene Maximum und Minimum auch auf die accessorische Geldstrafe zu beziehen; auch sie darf beziehungsweise nicht über die Hälfte des höchsten angedrohten Maßes hinauf, nicht unter ein Viertel ihres gesetzlichen Minimum herunter gesetzt werden[47]).

b) Dagegen ist jene Strafe keine ordentliche, sondern eine außerordentliche, welche der Richter vermöge eines bestimmten gesetzlichen allgemeinen oder speziellen Strafänderungsgrundes (Jugend, Schadensersatz, Exzeß der Nothwehr; Rückfall, Konkurrenz) über oder unter der allgemeinen Strafdrohung des Gesetzes zu verhängen ermächtigt oder verpflichtet ist.

Dasselbe gilt von der Strafe, welche der Richter beim Versuche oder der Theilnahme durch Hilfeleistung vermöge des in sein Ermessen gestellten Milderungsrechtes ausspricht: die ordentliche gesetzliche Strafe ist hier die-

---

[46]) Verh. II, 1, Bd. 2 S. 229. „Einverständniß (unter den Mitgliedern des GGA. II) war endlich darüber vorhanden, daß, wenn die geminderte Zurechnung bei einem sog. leichteren Falle vorkäme, bei der Reduktion der Strafe die auf leichtere Fälle des einschlägigen Deliktes angedrohte Strafe und nicht die Normalstrafe zu Grunde gelegt werden solle." — Verh. II, 1, Bd. 1 S. 459 erklärte der MC. von Neumayr: „Ueberhaupt sei überall, wo im Entwurfe bei einer Strafbestimmung sich der Beisatz finde, daß in schwereren Fällen der Richter bis zu einem höheren Maximum hinauf steigen oder in leichteren bis zu einem geringeren Minimum herunter gehen könne, keineswegs die Festsetzung einer außerordentlichen Strafe beabsichtigt, sondern lediglich die Fixirung des ordentlichen Strafrahmens in einer anderen Form." — Vgl. auch Hocheder S. 243

[47]) Hocheder S. 335.

jenige, mit welcher die Vollendung und die Thätersch[illegible] bedroht ist [48]). Die unterhalb der letzteren ermäßigte Strafe des V[illegible]ches oder der Hilfeleistung ist eine außerordentliche. —

In allen diesen Fällen ist daher der Ausgangspunkt für die wegen geminderter Zurechnung zu bestimmende Strafmilderung nicht der Strafrahmen, wie er sich in Folge der gesetzlichen Strafänderungsverpflichtung oder Berechtigung gestaltet, sondern nur jener, wie er, abgesehen von jener Aenderung, vom Gesetze aufgestellt ist [49]).

2) Von dem hiernach gegebenen Ausgangspunkte ist die Ausmessung der Strafe in Folge des Milderungsgrundes der geminderten Zurechnung durch die Vorsteckung eines Maximums und eines Minimums beschränkt.

Und zwar ist bei den schlechthin mit Todes- oder lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedrohten Verbrechen der dem Richter für die Strafmilderung gegebene Spielraum acht- bis zwanzigjährige Zuchthausstrafe [50]) (Art. 68 Ziff. 1).

Von den mit arbiträrer Strafe angesehenen Delikten sind besonders

[49]) In diesem Sinne ist auch in Art. 77 Abs. 2 bestimmt, daß bei Ausmessung der in Folge des Strafmilderungsgrundes der Jugend zu mindernden Strafe bei dem Versuche und bei der Theilnahme durch Hilfeleistung die ordentliche Strafe der Vollendung und der Theilnahme durch Hilfeleistung zu Grunde zu legen sei. —

Man könnte versucht sein, die im Falle des Versuches oder der Theilnahme durch Hilfeleistung dem Strafrichter verstattete Herabsetzung der Strafe mit derjenigen, welche wegen eines leichteren Falles bei gewissen Delikten zugelassen ist, auf eine Linie zu stellen, indem sich die gesetzliche Bestimmung hinsichtlich der Strafmilderung bei dem Versuche u. s. w. auch so ausdrücken ließe, daß es dem Richter gestattet sein soll, „in leichteren Fällen die Strafe des Versuches so oder so herabzusetzen.“ — Allein hierin läge ein Verkennen des wesentlichen Unterschiedes, welcher zwischen beiden Fällen stattfindet. Die Berücksichtigung des leichteren Falles betrifft die verschiedene objektive Erscheinung desselben Deliktes nach Umfang und Schwere der in demselben enthaltenen Rechtsgefährdung oder Rechtsverletzung (— wenn nicht ausschließend so doch vorzugsweise, da ja der geminderten subjektiven Verschuldung schon der allgemeine Milderungsgrund der geminderten Zurechnung gerecht wird). — Dagegen bilden Versuch und Theilnahme besondere Schuldformen hinsichtlich desselben Deliktes, welche zu einer Strafmilderung berechtigen sollen. Der Versuch des Mordes u. s. w., die Theilnahme an demselben ist kein leichterer Fall des Mordes ꝛc., sondern eine qualifizirte Modalität der Schuld. Die ordentliche Strafe desselben ist die der Vollendung, der Thäterschaft.

[50]) S. Hocheder S. 336.

[50]) S. oben S. 119, 122 Note 5.

hervorgehoben jene Verbrechen, welche im Maximum mit lebenslänglicher, im Minimum mit zeitlich beschränkter Zuchthausstrafe bedroht sind [51]) (Ziff. 2). Hier soll nicht über sechzehn Jahre Zuchthaus hinauf, nicht unter ein Viertel des niedersten Maßes der angedrohten Strafe herabgegangen werden [52]).

Für alle übrigen Verbrechen, dann für die Vergehen und Uebertretungen, ist „die Hälfte des höchsten Maßes der angedrohten Strafe" als das Minimum der Milderung oder das Maximum der zuerkennbaren Strafe bezeichnet; so weit muß jedenfalls der Richter die Strafe herabsetzen [53]). Als Maximum der zulässigen Milderung oder als Minimum der zuzuerkennenden Strafe ist der „vierte Theil des niedrigsten Maßes der gesetzlich gedrohten Strafe" präfigirt (Ziff. 3).

Nur diese Ziff. 3 veranlaßt einige weitere Bemerkungen.

a) Daß die „Hälfte des höchsten Maßes der angedrohten Strafe" nicht im buchstäblichen arithmetischen Sinne, sondern nur in Bezug auf das dem höchsten Maße gegenüberstehende Minimum der gesetzlichen Strafdrohung zu verstehen sei, ist bereits in überzeugender Weise nachgewiesen [54]). Es ist die Mitte zwischen dem Maximum und Minimum der angedrohten gesetzlichen ordentlichen Strafe gemeint. Zu dieser Auslegung ist man genöthigt durch die Unzukömmlichkeiten, welche das buchstäbliche Verständniß mit sich führen würde. So oft die ordentliche gesetzliche Strafe in Zuchthaus (von vier Jahren) bis zu zwölf oder sechzehn Jahren oder so oft Zuchthaus von acht bis sechzehn oder zwanzig Jahren gedroht ist, würde bei einer buchstäblichen Auslegung das zulässige Minimum der Strafmilderung (6 Jahre, bezw. 8 oder 10 Jahre) über dem Minimum der gesetzlichen ordentlichen Strafe (4 bezw. 8 Jahre) bezw. demselben gleich stehen. Dasselbe Ergebniß kömmt bei Vergehen heraus, soferne bei diesen die ordentliche gesetzliche Strafe nach einem besonderen Minimum bestimmt ist [55]). — Ueberdies würde das buchstäbliche Verständniß obiger

---

[51]) S. oben S. 122 Note 5. — Als Minimum kömmt hier vor Zuchthausstrafe von 16, 12, 8 Jahren.

[52]) Also bezw. nicht unter vier Jahre Zuchthaus, drei und zwei Jahre Gefängniß.

[53]) Soweit hiernach der Strafrichter bei geminderter Zurechnung unter Zuchthausstrafe herabgehen darf, muß es ihm auch freistehen, auf Gefängnißstrafe in der Dauer von vier Jahren zu erkennen: OAGE. v. 26. Aug. 1864 (Zeitschr. XI S. 300).

[54]) Hocheder a. a. O. S. 334.

[55]) Bei Vergehen, deren Strafe, wie häufig, ohne Minimalbestimmung angesetzt

Vorschrift zu einer prinziplosen und irrationellen Ungleichheit in dem Ansatze des zulässigen Milderungsminimum führen, indem dasselbe bald über dem Minimum der gesetzlichen ordentlichen Strafe hinaus liegen, bald demselben gleich kommen, bald unter dasselbe herabsinken würde [56]).

b) Wenn in Gemäßheit des Art. 68 die Gefängnißstrafe unter 12 Tage und die Geldstrafe unter 150 fl. herabsinkt, behält sie gleichwohl ihren Charakter als Vergehensstrafe, und der Reat selbst den Charakter eines Vergehens. Denn es ist weder irgendwo gesetzlich bestimmt, daß die unter die bezeichnete Gränze herab sinkende Gefängniß- oder Geldstrafe von selbst den Charakter einer Arreststrafe oder einer Uebertretungsstrafe annehmen soll, noch ist irgendwo gesagt, daß in Folge des Milderungsgrundes der geminderten Zurechnung die gesetzlich gedrohte Gefängnißstrafe sich in Arreststrafe [57]), oder das gemäß der gesetzlichen Strafdrohung vorliegende Vergehen sich in eine Uebertretung verwandeln soll [58]).

3) Das Zusammentreffen mehrerer Gründe der geminderten Zurechnung, von welchen jeder für sich allein die Strafmilderung des Art. 68 zu begründen geeignet ist (z. B. Geistesbeschränktheit und Trunkenheit oder vorausgegangene Drohungen), kann nur auf die Ausmessung der Strafe innerhalb der im Art. 68 gezogenen Gränzen Einfluß äußern, nicht aber eine noch die letzteren überschreitende Herabsetzung der ordentlichen Strafe begründen. Denn es ist überhaupt der Zustand geminderter subjektiver Verschuldung, welcher durch die Bestimmung des Art. 68 zur gebührenden Geltung gelangen soll, und die alternative Aufzählung der einzelnen dazu führenden Zustände hat nicht die Bedeutung, daß dem Dasein je eines derselben das offen gelassene Maß der Strafmilderung genau entsprechen soll: die einzelnen Zustände sind vielmehr nur als die den Milderungsgrund überhaupt erschöpfenden Hauptfälle desselben aufgezählt. Eine arithmetische Operation wäre also hier eben so unzulässig wie bei der Zumessung arbi-

---

ist, sowie durchaus bei Uebertretungen, wo nie ein besonderes Strafminimum angesetzt ist, hat die geminderte Zurechnung überhaupt nur die Bedeutung, daß das Maximum der zulässigen Strafe beschränkt wird.

56) Ueber eine gelegentliche Aeußerung Dr. Weis', welche von der buchstäblichen Auslegung der gesetzlichen Vorschrift ausgeht, s. Hocheder S. 336 Note 1.

57) Nur dann würde das mit Geldstrafe bedrohte Vergehen sich in Uebertretung verwandeln, wenn es möglich wäre, daß Geldstrafe von dreißig Kreuzern bis zu einem Gulden im Strafurtheile ausgesprochen wird, vgl. StGB. Art. 26 Abs. 2.

58) Uebereinstimmend Hocheder S. 337, welcher auch auf zustimmende indirekte Erklärungen des Ref. hinweist: Verh. II, 1, Bd. 1, S. 499 und 534.

[illegible] der That und des
trärer Strafen. Der Gesammteindruck aller Umstände der subjektiven
durch sie nach Maßgabe des Gesetzes bedingten Grades der
Verschuldung ist es allein, was den Richter leiten darf. — Sollte aber in
Folge des Zusammentreffens mehrerer Gründe der geminderten Zurechnung
auch das Minimum der gesetzlichen Strafe noch zu hoch erscheinen, so mag
der Begnadigung das Weitere anheimgestellt werden [59].

§. 6. Forts. Prozessualisches.

1) Daß in schwurg[erichtl]ichen Fällen die Feststellung darüber, ob der Milderungsgrund der gem[inderten] Zurechnung gegeben sei, durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmun[g] [60]) als zur Thatfrage gehörig dem Schwurgerichte zugewiesen ist, und daß die Stellung einer Frage darüber an die Geschworenen bei Vermeidung der Nicht[igkeit] dann nicht verweigert werden darf, wenn nach Beendigung des Beweisve[rfahrens] und vor dem Schlusse der gegenseitigen Verhandlungen das Vorh[andensein] desselben ausdrücklich geltend gemacht worden ist [61]), ist schon o[ben] S. 401 erörtert.

2) Und zwar sind [b]estimmte Thatsachen oder Zustände namhaft zu machen, aus welchen na[ch] Art. 68 die Annahme der geminderten Zurechnung hervorgeht. Es ist [un]zulässig, nur im Allgemeinen das Dasein der letzteren zu behaupten, be[vor] das GB. die nach Art. 68 begründete Strafmilderung weder unter de[m] Begriffe der „geminderten Zurechnung" noch unter einer anderen allge[me]inen Bezeichnung zusammenfaßt, und der Debatte damit jeder feste Bo[de]n mangelte. — Und solche bestimmte Thatsachen sind

3) auch in die Fr[age] an die Geschworenen aufzunehmen, da diese außerdem nicht im Sta[nde] wären zu beurtheilen, ob eine erhebliche Minderung der Fähigkeit de[r] Selbstbestimmung u. s. w. vorhanden war oder nicht. — Daß aber d[ie] Geschworenen nicht nur zur Konstatirung jener Thatsache als solcher, s[ondern] zu einem Urtheile darüber berufen sind, ob dadurch die Fähigkeit [der] Selbstbestimmung oder die zur Erkenntniß der Strafbarkeit der That [nö]thige Urtheilskraft oder die Freiheit der Willens-

---

59) Uebereinstimmend [Sch]eder S. 339. — S. auch die Entscheidungsgründe des OAGG. in de[r] Zeitschr. II S. 479. — Vgl. (AGPräsident) v. Barth das. S. 122.

60) Einf.-Ges. Art. 2[2] Abs. 1. — S. oben S.

61) Vgl. Risch, Kom[m]. z. Einf.-Ges. S. 124.

bestimmung in erheblichem Grade gemindert war, — kann nach dem Wortlaute des Art. 68 nicht bezweifelt werden [62].

§. 7. Forts. Zusammentreffen des Milderungsgrundes der geminderten Zurechnung mit anderen Strafmilderungsgründen.

Daß der Milderungsgrund der geminderten Zurechnung neben solchen Thatsachen schlechthin zur vollen Geltung gelangt, welche den Richter bei der Zumessung arbiträrer Strafen zum Herabgehen auf das Minimum derselben bestimmen, folgt schon daraus, daß die Herabsetzung der Strafe in Folge jenes Milderungsgrundes das Minimum der ordentlichen gesetzlichen Strafe zu ihrem Ausgangspunkte hat. Dieses gilt namentlich auch bei jenen Delikten, bei welchen wegen eines leichteren Falles eine Strafminderung offen gelassen ist. Denn, wie oben gezeigt, bildet die in Folge des leichteren Falles nachgelassene Strafe nur das Minimum der ordentlichen gesetzlichen Strafe [63]), von welchem die Strafmilderung wegen geminderter Zurechnung ihren Ausgang nimmt. —

Ueber das Zusammentreffen der geminderten Zurechnung mit anderen bestimmten gesetzlichen Milderungsgründen enthält sich das StGB. ausdrücklicher Bestimmungen [64]). Die Frage ist daher nach Maßgabe der inneren Natur der einzelnen Milderungsgründe und ihres gegenseitigen Verhältnisses unter Benützung höherer Rechtswahrheiten zu beantworten.

Die Bedeutung einer solchen nimmt aber ohne Zweifel das Postulat der Gerechtigkeit in Anspruch, daß verschiedene in einem Falle zusammen-

---

[62]) Vgl. v. Stengel in der Zeitschr. V S. 388.

[63]) S. oben S. 460, 461.

[64]) Die Frage ist weder erledigt dadurch, daß bei den einzelnen Milderungsgründen die „ordentliche gesetzliche" Strafe als Ausgangspunkt der zulässigen Strafherabsetzung bestimmt ist, noch durch die Vorschrift des Einf.-Ges. Art. 22, wonach bei schwurgerichtlichen Verhandlungen der Präsident auf gehörigen Antrag hinsichtlich aller gesetzlichen Strafmilderungsgründe — also auch neben einander — eine Frage an die Geschworenen zu stellen gehalten ist. — Denn bei der Aufstellung des Milderungsrahmens hat der Gesetzgeber nur an den einfachen Fall des Vorhandenseins des bezüglichen Milderungsgrundes gedacht, und wenn auch das Dasein mehrerer Milderungsgründe neben einander konstatirt ist, bleibt es doch immer Sache des mit der Strafzumessung betrauten Strafrichters, welchen Einfluß jene Feststellung auf die Strafzumessung auszuüben hat.

treffende Milderungsgründe auch neben einander zur Geltung kommen müssen. Denn bei der Mannichfaltigkeit der Abstufungen der subjektiven Verschuldung bis hart bei der Gränze der Unzurechenbarkeit kann die Verschuldung auch aus mehr als einem Grunde gemindert sein, und es ist nicht abzusehen, warum der eine Milderungsgrund deshalb nicht zur Geltung gelangen soll, weil außer ihm noch ein anderer vorhanden ist. Eine Ausnahme muß jedoch insoweit zugelassen werden, als die mehreren zusammentreffenden Milderungsgründe, wenn auch in verschiedener und selbständiger Bezeichnung, sich ihrem Inhalte nach decken, so daß der eine in dem anderen bereits zu seiner vollen Berücksichtigung und Geltung gelangt.

Prüft man von diesem Gesichtspunkte aus

1) das Zusammentreffen der geminderten Zurechnung mit dem bei dem Versuche, der Theilnahme durch Beihilfe, dann in Folge geleisteten Schadensersatzes dem Strafrichter eingeräumten Milderungsrechte, so kann bei der völligen Selbständigkeit der hier konkurrirenden mildernden Modalitäten an der Zulässigkeit ihrer kumulativen Berücksichtigung nicht gezweifelt werden.

Denn der Gesetzgeber will schlechthin und in allen Fällen mit den bezeichneten Thatsachen ein Milderungsrecht verknüpfen, und es darf derjenige, der im Zustande geminderter Zurechnung gehandelt und nur einen Versuch oder eine Hilfeleistung verschuldet oder nachträglich Schadensersatz geleistet hat, des mit dieser Thatsache als solchen verknüpften arbiträren Milderungsrechtes nicht verlustig gehen. Er steht mit dem Anderen, welcher im Zustande voller Zurechenbarkeit gehandelt und einen bloßen Versuch oder bloße Hilfeleistung verschuldet oder rechtzeitig Schadensersatz geleistet hat, erst dann auf gleicher Linie, wenn der durch die geminderte Zurechnung begründete Strafabzug zu seinen Gunsten bereits gemacht ist. Die hienach ausgemittelte Strafe bildet den Ausgangspunkt, von welchem aus dem Richter noch eine weitere Milderung wegen Versuches u. s. w. offen steht. In diesem Sinne sind die Art. 49, 55, 74 hinsichtlich des Milderungsrechtes wegen Versuches u. s. w. auszulegen: hat Jemand im Zustande geminderter Zurechnung einen Versuch verschuldet u. s. w., so darf nunmehr der Strafrichter bis zur Hälfte bezw. bis zu einem Viertel der in Folge jenes Zustandes bereits herabgesetzten Strafe herabgehen; die letztere ist hier gleichsam das Surrogat der gesetzlichen ordentlichen Strafe [65]).

2) Dagegen ist eine verbundene Berücksichtigung der geminderten Zurechnung ausgeschlossen neben dem gesetzlichen Milderungsgrunde

[65]) Uebereinstimmend Hocheder a. a. O. S. 336.

der Jugend, bei dem Exzesse der Nothwehr,
bei Todtschlag in Folge Reizes „bei besonders mildernden Umständen.“

Denn in diesen speziellen Milderungsgründen ist der allgemeine abstrakte Milderungsgrund der geminderten Zurechnung nur in konkreter Beziehung bereits enthalten [66]).

Dieses gilt zunächst

a) von dem Milderungsgrunde der Jugend, indem dieser auf der abstrakten gesetzlichen Präsumtion der geminderten Zurechnung zu Gunsten der unter einem gewissen Lebensalter stehenden Personen beruht. Bei zurechnungsfähigen jugendlichen Uebertretern nimmt das Gesetz ganz allgemein und ohne daß es auf eine besondere Prüfung ihrer Fähigkeiten oder ihres Gemüthszustandes ankäme, eine Unreife des Urtheiles und Beschränktheit der freien Selbstbestimmung an. Es würde demgemäß dieselbe Schwäche doppelt in Ansatz kommen, wenn bei dem jugendlichen Uebertreter außer seinem jugendlichen Alter auch noch die geminderte Zurechnung d. h. die geminderte subjektive Verschuldung als weiteres strafmilderndes Moment zur Geltung gelangen sollte [67]).

Hiegegen ist nicht ohne Schein eingewendet [68]), daß der Gesetzgeber bei der Bestimmung des Einflusses, welchen das jugendliche Alter auf die Zurechnung haben soll, von einer durchschnittlichen präsumtiven Stufe der intellektuellen Ausbildung und der Urtheilskraft, sowie von einem gewissen präsumtiven Grade von Selbstbestimmungsfähigkeit ausgegangen sei, daß also außerordentliche Zustände und Einflüsse, wie sie bei Erwachsenen die geminderte Zurechnung bedingen (wie z. B. Berauschung, Drohungen u. dgl.), dort nicht mitberücksichtigt seien, eben darum aber ihr weiteres und besonderes Gewicht in die Wagschale werfen müßten. — Allein jene Unterstellung einer präsumtiven Durchschnittsstufe entbehrt nicht nur jeden positiv rechtlichen Anhaltspunktes, sondern wird direkt durch die so überaus weite Spannung des Milderungsrahmens bei dem jugendlichen Alter widerlegt [69]).

---

[66]) Ebenso Hoche der S. 393.

[67]) Anm. z. d. StGB. v. J. 1813 Thl. I S. 241: „— man sah das Alter vor vollendetem sechzehnten Jahre als jenen Zeitpunkt an, wo in der Regel volle Zurechnung stattfinden kann, während bei jungen Leuten, welche das 16. Jahr noch nicht zurückgelegt haben, der mit der Jugend stets verbundene Mangel an Kenntnissen, an Erfahrung, an Ueberlegung und der vorherrschende, durch Vernunft nicht hinreichend geleitete Trieb der Sinnlichkeit eine Zurechnung zur vollen Strafe nicht erlauben.“

[68]) Lippmann a. a. O. S. 102 f.

[69]) Auf Grund jugendlichen Alters kann bei Verbrechen, welche unbedingt oder

Diese letztere ist ein ausreichender Beweis dafür, daß der Gesetzgeber bei der Umschreibung der Wirkungen dieses Milderungsgrundes alle Abstufungen der geminderten subjektiven Verschuldung, wie sie überhaupt bei zurechnungsfähigen jugendlichen Uebertretern vorkommen können, greifen und zur entsprechenden Würdigung bringen wollte, — womit von selbst die Geltendmachung eines analogen, ebenfalls die Abstufung der subjektiven Verschuldung ausprägenden Milderungsgrundes, wie der geminderten Zurechnung, ausgeschlossen ist. — Die Verbindung beider Milderungsgründe würde in jenen Fällen, wo sie allein eine Bedeutung hat, d. h. in den schwersten Verbrechensfällen, einer Begnadigung gleichkommen, während doch im Auge zu behalten ist, daß es sich um einen zurechnungsfähigen jugendlichen Uebertreter handelt.

Es sind daher die Bestimmungen über den strafmildernden Einfluß der Jugend gegenüber denen über geminderte Zurechnung als lex specialis gegenüber der lex generalis aufzufassen; ist die Anwendung der ersteren begründet, so ist damit die der zweiten ausgeschlossen. —

So hat sich denn auch unter der Herrschaft der früheren Gesetzgebung die Praxis des obersten Gerichtshofes mehrfach gegen die doppelte Strafmilderung auf Grund der Jugend und der geminderten Zurechnung erklärt [10]).

In den Verhandlungen des StGA. II ist die vorliegende Frage zweimal Gegenstand der Erörterung und Meinungsäußerung geworden. Als bei den Berathungen über den Entwurf v. J. 1853 in Folge des Beschlusses, das System der mildernden Umstände in das neue StGB. aufzunehmen, Ref. II veranlaßt war, sich über die hiedurch nothwendig werdenden Abänderungen des allgemeinen Theiles des StGB. zu äußern, schlug er in seinem an den Ausschuß schriftlich erstatteten Antrage vor, dem Artikel über den Einfluß der mildernden Umstände ausdrücklich beizusetzen, daß in den Fällen des Art. 75, d. h. bei einer zurechnungsfähigen Person unter sechzehn Jahren, eine weitere Ermäßigung der Strafe wegen mildernder Umstände nicht Statt finden soll [11]), — weil, nach der Motivirung in den Ausschußberathungen, die Bestrafung jugendlicher Verbrecher durch spezielle Vorschriften geregelt sei und eine nochmalige Reduktion der ohne-

---

doch im höchsten Strafmaße mit Todes- oder lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedroht [illegible]nd, auf Gefängniß von 2 Jahren, und bei den nur mit zeitlicher Zuchtha[illegible]strafe bedrohten Verbrechen auf das Minimum der Gefängnißstrafe herabge[illegible]gen werden, Art. 79.

10) OAGE. [illegible] d. Zeitschr. II S. 479. — Schwurgerichtl. Erk. das. S. 122.

11) Verh. I[illegible] 1, Bd. 1 S. 528 f.

hin schon in so hohem Grade (wegen der Jugend) ermäßigten Strafe wegen mildernder Umstände nicht zulässig sei; worauf der Ausschuß die proponirte Bestimmung über die mildernden Umstände mit dem Vorbehalte hinsichtlich der Jugend nach dem Antrage seines Ref. annahm [12]).

Dagegen findet sich in den Berathungsprotokollen zum revidirten Entwurfe [13]) die Bemerkung niedergelegt: „Zu Art. 77 (Jugend) wurde auf Anregung des Ref. anerkannt, daß Abs. 2 ausdrücklich nur eine weitere Reduktion der Strafe wegen Theilnahme oder Versuches ausschließe, dagegen im Falle der Konkurrenz der Jugend mit geminderter Zurechnungsfähigkeit eine doppelte Reduktion der Strafe einzutreten habe.“ —

Da der Strafmilderungsgrund der geminderten Zurechnung in dem allgemeinen Milderungsgrunde der mildernden Umstände enthalten ist, so stellen diese verschiedenen Meinungsäußerungen des GGA. II einen offenbaren Widerspruch dar, und können schon um deswillen für die Entscheidung der Frage nicht entscheiden. Hinsichtlich der zweiten Aeußerung kömmt noch dazu, daß sie jeder Motivirung entbehrt und daß jeder Anhaltpunkt mangelt, um zu beurtheilen, ob die Ansicht des GGA. II von dem GGA. I, geschweige denn von der Staatsregierung, getheilt wurde [14]).

b) Bei dem Excesse der Nothwehr ist hinsichtlich der dem Richter auferlegten Herabsetzung der ordentlichen Strafe ausdrücklich auf den Art. 68 verwiesen: m. a. W., der Gesetzgeber nimmt hier in allen Fällen einen

---

[12]) Verh. II, 1. Bd. 2 S. 210 f.

[13]) Verh. II, 2. Beil.-Bd. III Abth. 2 S. 89; Sitzung vom 17. Septbr. 1860.

[14]) Es soll hiebei nicht verschwiegen werden, daß von neueren Gesetzgebungen, welche den Milderungsgrund der geminderten Zurechnung anerkennen, die badische, §. 155, den Milderungsgrund des jugendlichen Alters und der geminderten Zurechnung ausdrücklich neben einander in Berücksichtigung ziehen läßt; die in Folge des jugendlichen Alters begründete Strafmilderung bildet den Ausgangspunkt, von welchem aus in Folge der geminderten Zurechnung weiter herabzugehen ist.

Ebenso gestattet das Gh. Hessische GB. Art. 114 Abs. 2, und nach ihm das Nassauische Art. 113 Ziff. 2, eine weitere Strafherabsetzung, wenn der Milderungsgrund der Jugend mit dem der geminderten Zurechnung zusammentrifft. Für diesen Fall ist gar kein Minimum festgestellt. Es kann also statt auf Todesstrafe auf Verweis erkannt werden, — „wiewohl dieses nie geschehen wird,“ fügt Breidenbach, Komm. S. 622, hinzu. — Der Würde der Strafrechtspflege wäre es sicher angemessener, in solchen Fällen Unzurechnungsfähigkeit anzunehmen, als einen zurechnungsfähigen jugendlichen Mörder mit einem Verweise zu beahnden.

Zustand geminderter Zurechnung an. Selbstverständlich kann also der letztere nicht noch einmal besonders zur Berücksichtigung kommen.

c) Bei dem unter dem Einflusse des sog. Reizes verübten Todtschlag soll „wegen besonders mildernder Umstände" auf Gefängniß nicht unter zwei Jahren erkannt werden[75]. Da der Milderungsgrund der geminderten Zurechnung zu einer noch weiter gehenden Strafherabsetzung (ein Jahr Gefängniß) führt, so kann derselbe auch in solchen Fällen geltend gemacht werden. Ist das Dasein desselben konstatirt, so ist die wegen mildernder Umstände dem Strafrichter ertheilte Ermächtigung von selbst absorbirt, da hier die mildernden Umstände nur auf einen geringeren Grad der subjektiven Verschuldung bezogen werden können.

In ähnlicher Weise verhält es sich

d) bei Preßverbrechen und Preßvergehen. Hier ist an die Geschworenen bei Strafe der Nichtigkeit immer auch die Frage zu stellen, ob „mildernde Umstände" vorhanden seien[76]. In Folge davon darf bei Ausmessung der Strafe die Hälfte des höchsten Strafmaßes nicht überschritten werden, und bei Vergehen ist das Gericht befugt, unter das geringste Strafmaß herabzugehen u. s. w.

Hiedurch ist die Geltendmachung des Milderungsgrundes der geminderten Zurechnung nicht ausgeschlossen. Denn der letztere führt bei Verbrechen, welche durch die Presse begangen sind, zu einer Herabsetzung der Strafe unter das gesetzliche Minimum der Strafdrohung, und bei Preßvergehen nöthigt er den Richter zu einer Herabsetzung der Strafe, während er durch die Konstatirung der „mildernden Umstände" nur zu einer Strafmilderung ermächtigt wird. Ist die geminderte Zurechnung konstatirt, so wird aus dem zu lit. c angedeuteten Grunde zur Berücksichtigung der „mildernden Umstände" bei der Strafzumessung kein Raum mehr übrig bleiben[77].

---

75) StGB. Art. 229.
76) PreßStG. Art. 54, bestätigt durch Einf.-Ges. Art. 22 Ziff. 2.
77) Vgl. auch Stenglein, Kommentar S. 160.

Art. 69.

Wenn Jemand bei seiner Handlung einen Thatumstand nicht kannte, durch dessen Dasein die Strafbarkeit jener Handlung bedingt ist, so ist die letztere straflos.

Irrthum und Unwissenheit.

Waren dem Handelnden solche Thatumstände unbekannt, durch deren Dasein die Strafbarkeit der Handlung erhöht wird, so werden diese Umstände bei der Bestrafung außer Berücksichtigung gelassen.

In wie ferne in dem einen oder andern Falle eine Bestrafung wegen Fahrlässigkeit einzutreten habe, ist nach den in der zweiten Abtheilung des Gesetzbuches enthaltenen Vorschriften zu bemessen.

§. 1. Allgemeiner Inhalt.

Die Tragweite des Art. 69 beschränkt sich auf die Bestimmung des Einflusses, welchen bei dem Dasein einer durch eine freiwillige That bewirkten Rechtsverletzung die Unkenntniß des Thäters über solche thatsächliche Umstände haben soll, welche die Strafbarkeit einer Handlung überhaupt oder die Steigerung derselben bedingen[1]).

Die Antwort wird in drei Sätzen gegeben.

1) Die Unkenntniß eines Umstandes, welcher ein wesentliches Merkmal des fraglichen Deliktes bildet, schließt die Zurechnung zum Dolus schlechthin aus (Abs. 1);

2) Die Unkenntniß eines die Strafbarkeit der Handlung steigernden Umstandes bewirkt, daß das erschwerende Moment bei der Strafbestimmung nicht in Anschlag gebracht werden darf (Abs. 2);

3) In beiden Fällen ist die Zurechnung zur Fahrlässigkeit vorbehalten, soweit nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen eine strafbare Fahrlässigkeit in der fraglichen Richtung anzunehmen ist.

Diese Sätze entfließen dem allgemeinen Prinzipe über Zurechnung und dem Wesen des Dolus und bedürfen streng genommen keiner ausdrücklichen gesetzlichen Sanktion. Denn der verbrecherische Wille in der Richtung auf eine bestimmte Rechtsverletzung hat die Kenntniß oder das Bewußtsein jener Thatumstände zu seiner nothwendigen Voraussetzung, welche den

[1]) Die Würdigung des Irrthumes bei einer vorsätzlichen rechtswidrigen Handlung, wenn der Thäter fälschlich das Dasein der die rechtsverletzende Eigenschaft seiner That bedingenden Umstände unterstellt (z. B. die Tauglichkeit der Mittel), liegt außer der Aufgabe des Artikels. — Hierüber sind die Grundsätze vom Versuche maßgebend.

objektiv rechtswidrigen Charakter der Handlung bedingen. — Ebenso ist der verbrecherische Wille in der Richtung auf eine gewisse Stufe oder Steigerung einer bestimmten Rechtsverletzung bedingt durch die Kenntniß jener Thatsachen, welche der Handlung eine gesteigerte Strafbarkeit beilegen. Soweit also dem Thäter das Bewußtsein jener Thatumstände bei seiner Handlung mangelt, soweit ist von selbst auch der verbrecherische Wille desselben ausgeschlossen; die Negation des verbrecherischen Bewußtseins involvirt von selbst die Negation des verbrecherischen Willens²).

Genaueres zu Absatz 1 und 3.

§. 2. Unter der Unkenntniß eines Thatumstandes, „durch dessen Dasein die Strafbarkeit der Handlung bedingt ist," ist die Unkenntniß eines solchen Thatumstandes verstanden, welcher die Handlung zu einer objektiv rechtsverletzenden macht, — oder welcher zu den wesentlichen Merkmalen der objektiv in der Handlung enthaltenen Rechtsverletzung gehört³).

²) Für den Richter ist der Irrthum ein Erkenntnißgrund hinsichtlich des mangelnden Dolus; aus dem Irrthume ergibt sich, daß der Thäter die objektiv vorliegende Rechtsverletzung nicht gewollt hat. v. Wächter im Ger.-S. 1864 S. 5[illegible].

³) Derselbe Gedanke hat in der Doktrin und in der a. GG. einen manchfaltigen Ausdruck gefunden.

Die Umstände, deren Unkenntniß die Schuld, bezw. den Dolus ausschließt, werden als falsche thatsächliche Voraussetzungen bezeichnet, welche, wenn sie richtig wären, die Handlung rechtfertigen würden: Berner, Lehrb. S. 91. [illegible] oder vermöge deren der gewollte Erfolg seine eigenthümliche strafrechtliche Bedeutung erhält: Hälschner a. a. O. S. 167; vgl. auch Geib a. a. O. S. 62.

In der Gesetzgebung werden jene Umstände theils umschrieben als solche, durch welche eine an sich erlaubte Handlung zum Verbrechen wird (Sächs. Art. [illegible]), oder welche die That strafbar machen (Braunschw. Art. 32, Bad. Art. [illegible]); oder es ist der Irrthum als ein solcher bezeichnet, „der ein Verbrechen in der Handlung nicht erkennen ließ", Oesterreich §. 2 lit. e; oder der den Thäter seine Handlung für erlaubt und unsträflich halten ließ, Hannov. Art. 42 Ziff. 6. — Das Preuß. StGB. §. 44 gibt den Satz in einer nicht erschöpfenden Kasuistik, welche den Fall unberührt läßt, wo die Strafbarkeit abhängt von der Eigenschaft der verletzten Sache oder des angewandten Mittels, Berner S. 99.

Die Fassung des n. StGB. ist dem Entwurfe v. J. 1853 Art. 59 entnommen. (Ob es „viel einfacher und klarer wäre, wenn das Gesetz lautete: Wenn Jemand bei seiner Handlung einen Thatumstand nicht kannte, der zu den wesentlichen Merkmalen des fraglichen Verbrechensbegriffes

Zur genaueren Erläuterung diene Folgendes:

1) Durch welche Thatumstände die Strafbarkeit einer Handlung bedingt ist, muß selbstverständlich nach den gesetzlichen Thatbestandsmerkmalen des fraglichen Reates gewürdigt werden. Die Zurechnung zum Dolus ist ausgeschlossen, es mag sich die Unkenntniß des Thäters auf die den Thatbestand bedingende Beschaffenheit des Gegenstandes, oder seiner Einwirkung auf denselben [4]) oder anderer zum Reat wesentlicher Umstände [5]) bezogen haben.

Hinsichtlich der Unkenntniß der auf die Beschaffenheit des Gegenstandes der Handlung bezüglichen Merkmale sei noch bemerkt, daß die Unkenntniß der rechtlichen Beziehungen und Verhältnisse hier nicht minder als die der physischen Eigenschaften desselben in Betracht kömmt. Die Unkenntniß, daß die weggenommene oder beschädigte Sache eine fremde, daß die umarmte Frauensperson eine Ehefrau oder nahe Verwandte sei, daß der angetraute Theil bereits in einer anderen giltigen Ehe stehe, daß die verrückten Steine Gränzsteine, daß die gebrauchten Urkunden gefälschte waren u. dgl., schließt den Thatbestand des Diebstahles, der dolosen Beschädigung, des Ehebruches, Inzestes, der Bigamie, der Gränzverrückung, des Betruges durch Urkundenfälschung u. dgl. eben so zweifellos aus, als der Irrthum über irgend eine den Thatbestand bedingende physische Eigenschaft des Gegenstandes [6]). —

Eine positive Ausnahme macht Art. 227. Die Unkenntniß über das

---

gehört" — Fr. Walther i. d. Bl. f. RA. 1863 S. 138 — mag dahin gestellt bleiben. Jedenfalls gehört der Ausdruck: „der fragliche Verbrechensbegriff" mehr der Sprachweise der Doktrin als der Gesetzgebung an.) — Das ö. StGB. Art. 72 spricht von dem Uebertreter, welcher „aus Unwissenheit eines Thatumstandes die Strafbarkeit seiner Handlung nicht gekannt", und Art. 121 Ziff. 6 von einer Person, „welche in unüberwindlicher schuldloser Unwissenheit ihre Handlung für erlaubt und unsträflich gehalten hat."

[4]) z. B. Unkenntniß der giftigen oder sonst schädlichen Beschaffenheit der dem Anderen beigebrachten Substanz; der krankhaften Beschaffenheit des verletzten Körpertheiles (z. B. des Schädels), welche die an sich leichte Verletzung tödtlich macht u. dgl.; der Unbefugtheit der Handlung (Art. 255, 304; 154, 228 u. a.).

[5]) Irrthum über die Rechtswidrigkeit des beabsichtigten Vermögensvortheiles (Art. 267, 299, 303, 314, 337, 364), über die Unerlaubtheit des Zweckes (Art. 250, 369). — v. Wächter im GS. 1864 S. 61.

[6]) Wächter im GS. a. a. O. S. 59. — OAGE. v. 21. Juli 1865 (Zeitschr. XII S. 361): Die Strafbarkeit wegen Eigenthumsbeschädigung ist ausgeschlossen, wenn der Nutznießer eines Grundstückes, in dem guten Glauben als solcher dazu berechtigt zu sein, einen darauf befindlichen Baum fällen läßt.

Alter der verletzten oder gemißbrauchten Person, soferne das Verbrechen oder Vergehen durch ein gewisses jugendliches Alter derselben bedingt ist[7]), soll ohne Einfluß auf die Schuld und Strafbarkeit des Thäters sein.

2) Ob der Irrthum in einfacher Nichtkenntniß oder in einer falschen positiven Annahme beruht, ist eben so gleichgiltig als die Veranlassung oder der Grund desselben.

Durch die Unkenntniß wird der Dolus schlechthin ausgeschlossen, und es kann in dieser Beziehung nichts weiter darauf ankommen, ob dieselbe ihren Grund hat in einer fremden — trügerischen oder unabsichtlichen — Einwirkung oder in einer Selbsttäuschung, ob er ein verschuldeter war oder nicht. „Denn der Irrthum kömmt bei der Frage, ob der Thäter in dolo war, nicht als ein entschuldigendes Moment, sondern lediglich als eine Thatsache in Betracht, aus welcher hervorgeht, daß der zum Verbrechen erforderliche Dolus fehlt"[8]).

Der zum Diebstahl, Ehebruch, Inceft, zur Bigamie u. s. w. wesentliche Dolus ist auch dann nicht gegeben, wenn der Thäter aus Rechtsunkenntniß angenommen hat, daß die fremde Sache bereits in sein Eigenthum übergegangen sei[9]), oder daß die bloße Civiltrauung keine giltige Ehe, oder daß die außereheliche Geburt keine Verwandtschaft begründe zwischen dem unehelich Geborenen und der Mutter und ihren Verwandten u. dgl.[10]).

3) Ob der Irrthum ein entschuldbarer war oder nicht, dieses Moment

[7]) Wie bei dem Mißbrauche eines Mädchens unter zwölf Jahren zum Beischlafe, Art. 205; Verletzung der Sittlichkeit an Minderjährigen durch Mißbrauch des Erziehungsverhältnisses u. dgl., Art. 212; unzüchtige Handlungen an Personen unter 12 Jahren bezw. Minderjährigen Art. 215, 216; Verkuppelung Minderjähriger Art. 220; Verführung jugendlicher Personen von 12—16 Jahren, Art. 222.

[8]) Wächter a. a. O. S. 59. — Hälschner a. a. O. S. 169.

[9]) Z. B. auf dem Gebiete des gem. R. in Folge des Abschlusses des Kaufkontraktes [illegible] solchen. — Vgl. einen hieher gehörigen Rechtsfall in Goltdammer's Archiv XIII S. 335 f.

[10]) Gaj. II §. 50; §. 5 J. 2, 6; l. 36 §. 1, l. 37 D. de usuc. et usurp. (41, 3); l. 43 D. de adult. (48, 5). — Wächter a. a. O. S. 60.)

Der Streit, ob der Irrthum über konkrete Rechtsverhältnisse und die dadurch bedingte rechtliche Qualifikation einer Handlung als thatsächlicher oder als Rechtsirrthum aufzufassen sei, hat vom Standpunkte der Anwendung für unsere Frage keine Bedeutung. — Vgl. O. Krug, Abh. aus d. StrafR. S. 198. — v. Savigny, System III S. 327, 338. —

tritt in den Vordergrund, wenn es sich darum handelt, ob die in einem die Zurechnung zum Dolus ausschließenden Irrthume begangene That nicht als fahrlässige zu bestrafen sei. Diese Strafbarkeit ist — unter der Voraussetzung, daß in der fraglichen Richtung überhaupt die Fahrlässigkeit einer Strafe unterliegt — dann begründet, wenn der Thäter nach den Umständen seinen Irrthum zu erkennen oder die schädlichen Wirkungen seiner Handlung abzuwenden vermochte [11]).

§. 3. Zu Art. 69 Abs. 2.

Abs. 2 des Art. beruht auf demselben Prinzipe wie Abs. 1. — Hat der Thäter bei Ausführung der als strafbar erkannten und beabsichtigten Handlung die faktischen Voraussetzungen nicht erkannt, aus welchen sich ein erhöhtes Maß der Schuld ergibt, so kann ihm auch letzteres nicht zur Last gelegt werden. Und zwar gilt dieses gleichermaßen, die Unkenntniß mag sich beziehen auf die besondere Beschaffenheit des Gegenstandes der Verletzung [12]); oder auf die spezifische Eigenschaft des zur verbrecherischen Einwirkung gebrauchten Mittels [13]), soferne diese zur höheren Strafe führt; oder auf die Quantität der Verletzung [14]); oder auf die besonderen Umstände der Begehung [15]).

---

11) So auch das k. StGB. Art. 72, sowie, theils in ausdrücklicher Fassung (wie Sachsen Art. 95) theils implicite, die neueren GB., — letzteres soferne sie die strafaufhebende Wirkung des thatsächlichen Irrthums auf den „unverschuldeten" Irrthum gründen (Hannov. Art. 80 Ziff. 6; Braunschw. Art. 32; Bad. Art. 72), oder indem sie die Wirkung des thatsächlichen Irrthums auf die Ausschließung der Zurechnung zum Dolus beschränken, ohne der Fahrlässigkeit besonders zu gedenken (Hess. Art. 42; Württemb. Art. 100).

12) Z. B. Körperverletzung oder Todtschlag an Verwandten in aufsteigender Linie, Art. 230, 236, 237 Abs. 2.

13) Z. B. Unkenntniß, daß das gebrauchte schädliche Mittel Gift sei, Art. 234.

14) Der Betrag des zugefügten Schadens ist ein straferhöhendes Moment bei Diebstahl, Unterschlagung, Betrug und in anderen Fällen.

15) Z. B. bei der Brandstiftung die Unkenntniß, daß sich in der in Brand gesteckten Räumlichkeit zur Zeit der Anlegung oder des Ausbruches des Feuers Menschen aufhalten u. dgl.

Zu beachten ist übrigens, daß das GB. bei einzelnen Delikten die Erschwerung ganz objektiv auf das Eintreten eines bestimmten Umstandes stellt, wo es dann gleichgiltig ist, ob der Thäter die Gefahr gekannt hat und wissen konnte, daß er durch seine Handlung jene schwerere Folge hervorrufen werde oder nicht. Vgl. die gesetzlichen Bestimmungen über Abtreibung, Art. 245 Abs. 2;

Ist die Unbekanntschaft des Thäters mit dem qualifizirenden Momente eine verschuldete, so kann hinsichtlich desselben, soweit es nach der Natur des vorliegenden Deliktes zulässig ist, Zurechnung zur Kulpa begründet sein [16].

Schließlich sei noch bemerkt, daß sich der Art. 69 vermöge seiner allgemeinen Fassung nicht nur auf den Thäter, sondern ebenso auf den Theilnehmer und, — bei Verbrechen, Vergehen und Rechtsübertretungen [17], — auf den Begünstiger bezieht. Soferne die Strafbarkeit des Thäters durch einen Umstand bedingt ist, von welchem die Mitwirkenden keine Kenntniß hatten, trifft sie auch keine Strafe, und soweit durch einen ihnen unbekannt gebliebenen Umstand die Strafbarkeit erhöht wird, trifft sie nur die entsprechende geringere Strafe [18].

§. 4. Fortsetzung. Unerheblichkeit des Irrthumes über andere thatsächliche Umstände. — Verwechselungsfälle.

In der Bestimmung des Art. 69 ist zugleich enthalten, daß die Unkenntniß anderer thatsächlicher Umstände als der dort bezeichneten keinen Einfluß auf die Zurechnung zum Dolus haben soll.

Dahin gehört die mit der vorsätzlichen rechtswidrigen Handlung verbundene irrige Annahme solcher Eigenschaften des Gegenstandes der Verletzung, welche die Möglichkeit des Vollzuges der beabsichtigten Rechtsverletzung an demselben gleichwohl nicht ausschließen; der Irrthum über die spezifische Beschaffenheit des gebrauchten Mittels oder über die Wirkung der Handlung und die Beschaffenheit des rechtsverletzenden Erfolges [19], soferne

---

Aussetzung [illegible], Art. 246 Abs. 2, Art. 247; Uebertretung der Vorkehrungen gegen ansteckende Krankheiten, Art. 248 Abs. 2; widerrechtliche Gefangenhaltung, Art. 255 Abs. 2; Störung der Benützung von Eisenbahnen und Telegraphen, Art. 357 Abs. 2; Gefährdung der Schiff- und Floßfahrt, Art. 361 Abs. 2; gemeingefährliche Beschädigung von Thieren, Art. 363 u. s. w.

16) Uebereinstimmend die Doktrin und die neuere Gesetzgebung.

17) Ueber den Einfluß des thatsächlichen Irrthumes bei Polizeiübertretungen s. Edel, Komm. z. d. PStGB. S. 123. — Nur der entschuldbare Irrthum schließt hier die Zurechnung aus, soferne nicht die wissentliche Verübung zum Thatbestande gefordert ist.

18) Ref. II, [illegible] S. 48. — Vgl. auch oben S. 385.

19) Hocheder (Komm. S. 341) führt als Beispiele an: wenn der Giftmischer sein Opfer [illegible] aus Irrthum mit Strychnin, statt, wie er glaubt, mit Blausäure vergiftet; wenn der Tod des in mörderischer Absicht Verwundeten nicht durch

nur der Thäter seine That überhaupt für geeignet gehalten hat, die beabsichtigte Rechtsverletzung hervorzubringen, und der Erfolg seiner Absicht entspricht; endlich der Irrthum hinsichtlich des Beweggrundes und der Zweckgemäßheit der That. —

Hiemit ist schon das Prinzip aufgestellt, welches für die Beurtheilung der sog. Verwechselungsfälle (aberratio delicti a persona in personam oder a re in rem) maßgebend ist.

Es sind hierunter solche Fälle verstanden, in welchen der Thäter vermöge eines Irrthumes in der Identität des Objektes seine verbrecherische Handlung auf ein anderes gleichartiges Objekt richtet, als auf welches er dieselbe zu richten gemeint und gewillt war [20].

---

die Wunde an sich, sondern weil die Spitze des Dolches vergiftet war, erfolgt ist; wenn der in mörderischer Absicht von der Brücke in den Fluß Gestürzte nicht durch Ertrinken, wie der Thäter will und meint, sondern durch Anprall an einem Steine oder in Folge plötzlicher Erkältung durch einen Schlaganfall den Tod gefunden hat.

20) Es ist vorausgesetzt, daß das Objekt, auf welches die Handlung gerichtet wird, keine verschiedenen, auf die Strafbarkeit der That einflußreichen Eigenschaften an sich trage. —

Beispiele aus der bayer. Praxis: Jemand, welcher von zwei Ehegatten durchgeprügelt und zu Boden geworfen war, hat beim Aufstehen, wo beide Ehegatten sich bereits entfernt hatten, eine unschuldige Nachbarsfrau erblickt und dieselbe in dem Irrthume, sie sei jene Frau, welche ihn mißhandeln half, absichtlich erschlagen. Es wurde Todtschlag im Zustande gestörter Besonnenheit angenommen. Denn er hatte dieselbe Person erschlagen, welche er sah und erschlagen wollte. Arnold, Archiv d. KrR. 1843 S. 586 Note. — Nach demselben Grundsatze wurde folgender Fall beurtheilt. Der Bauer A findet die ihm gestohlene Leinwand in einem nahe an seinem Hofe befindlichen Kornfelde. In der Erwartung, daß der Dieb mit Einbruch der Nacht kommen werde, um seine einstweilen versteckte Beute abzuholen, stellt sich A Abends mit einem geladenen Gewehre auf die Lauer. Ohne zu wissen, daß sein Sohn B ebenfalls auf den Dieb Passe, hält der Alte den heranschleichenden Sohn für den Dieb, schießt auf ihn und verwundet ihn tödtlich. — Aus der preußischen Praxis hat insbes. der Fall Rose und Rosahl eine gewisse Berühmtheit erlangt, s. Goltd. Archiv VII S. 322, und dazu Hälschner das. S. 433. Rose hatte auf Anstiftung des Rosahl es gegen Lohn übernommen, den Schliebe zu tödten. Er lauert dem Sch. auf, hält den des Weges kommenden Heunisch für den Sch. und erschießt den H. — Der Schwurgerichtshof erkannte den Rose des vollendeten Mordes, den Rosahl der Theilnahme am Morde schuldig. Die Nichtigkeitsbeschwerde wurde zurückgewiesen. — Von gleichen Grundsätzen ging die Beurtheilung folgenden Falles der würt. Praxis aus: Der durch hinzu-

In solchen Verwechselungsfällen ist die verbrecherische That in der Richtung, welche ihr der Thäter in Folge seines Irrthumes gegeben hat, eben so zu beurtheilen, als wenn kein Irrthum unterlaufen wäre. Hat somit der Thäter an dem Gegenstande, auf welchen er seine That gerichtet hat, die beabsichtigte Rechtsverletzung zur Ausführung und zur Vollendung gebracht, so ist ihm der eingetretene Erfolg und das vollendete Delikt als solches zum Dolus zuzurechnen.

Diese Würdigung der Handlung hat ihre tiefere Begründung in dem Wesen des Dolus und dem allgemeinen Grundsatze über den Einfluß des Irrthumes auf die Zurechnung.

Eine Handlung ist dem Thäter zum Dolus zuzurechnen, wenn und soweit sie in allen für den Thatbestand des fraglichen Verbrechens erheblichen Momenten dem Willen des Thäters entspricht. Ist durch die That ein Erfolg und in ihm die Vollendung eines Verbrechens bewirkt, so ist es der ursächliche Zusammenhang zwischen Wille und Erfolg, die Vermittelung beider, wodurch die Zurechnung des Erfolges zum Dolus bedingt ist.

Dieser Zusammenhang zwischen Wille und That, bezw. deren Erfolg, ist in den Verwechselungsfällen unverkennbar und vollständig vorhanden.

Indem der Thäter seine verbrecherische Thätigkeit mit Bewußtsein auf den ihm in seiner konkreten und individuellen Bestimmtheit zur sinnlichen Wahrnehmung gekommenen Gegenstand richtet, will er an diesem die zur Hervorbringung der beabsichtigten Rechtsverletzung erforderliche Einwirkung vornehmen: — er handelt in der Richtung auf diesen Gegenstand vorsätzlich [21]).

Er handelt eben so absichtlich, indem er die gedachte Rechtsverletzung an demselben zur Ausführung bringen will.

Die an dem betroffenen Objekte bewirkte Rechtsverletzung ist somit auf die vorsätzliche und absichtliche Handlung des Thäters als Ursache zurückzubeziehen: dem Thäter ist die in der Richtung auf das verwechselte Objekt vollbrachte Rechtsverletzung als ein vollendetes doloses Verbrechen zuzurechnen.

---

gekommene Personen verscheuchte und entfliehende Dieb hält im Finsteren seinen ihm auf der Flucht nacheilenden Genossen für einen der Verfolger, wendet sich gegen ihn und bringt ihm eine tödtliche Verletzung bei.

21) „In Folge des Irrthumes wird der ursprünglich nicht gewollte Gegenstand im Augenblicke der That insoferne zu dem gewollten, als der Irrende, die Täuschung, in welcher er befangen ist, nicht kennend, Absicht und Handlung unwillkürlich auf diejenige Person (oder Sache) überträgt, welche er fälschlich für die rechte hält." Pfotenhauer, GS. 1861 S. 286.

Der Irrthum hinsichtlich der Identität des Gegenstandes, in welchem der Thäter gehandelt hat, kann diese Beurtheilung nicht alteriren. Er betrifft keinen „Umstand, durch welchen die Strafbarkeit der That bedingt ist.“ Der getroffene B ist eben so gut ein geeigneter Gegenstand absichtlicher Tödtung als der zum Opfer ausersehene A. Zwar hat der Thäter seinen verbrecherischen Zweck verfehlt und aus einem irrigen Beweggrunde gehandelt. Beides ist aber ohne Einfluß auf die Beurtheilung der Vorsätzlichkeit und Absichtlichkeit der That, da Zweck und Beweggrund außerhalb derselben stehende Momente sind, welche auf ihre innere Qualität als solche keinen Einfluß haben.

Indem so der Handlung in der Richtung auf den betroffenen Gegenstand Dolus vindizirt wird, sind wir weit entfernt, in dem Thäter einen Willenswechsel zu unterstellen, indem er vor der That (um gleich ein konkretes Beispiel zu gebrauchen) den A, bei der That den mit letzterem verwechselten B habe tödten wollen. Diese Unterstellung wäre falsch. Wer sich zur Erreichung eines bestimmten Zweckes und aus einem bestimmten Beweggrunde heraus entschlossen hat, den A zu tödten, geht genau mit diesem Willen an die Vorbereitung und Ausführung seiner That; er richtet sie ja nur deshalb auf den B, weil er diesen für den A hält. Allein indem er mit diesem Willen die That auf den B richtet, bezieht er zugleich seinen Willen auf den vor ihm erscheinenden B: er will den A in dem ihm vor Augen kommenden Menschen, welcher der B ist, tödten. Sein verbrecherischer Wille ändert also keineswegs seine Richtung, aber er haftet sich an den konkreten Gegenstand; der Thäter nimmt die Verletzung dieses letzteren in seinen Willen auf, weil er dieselbe dem von ihm gesetzten Zwecke entsprechend erachtet. M. a. W. sein Wille geht implicite auf die Tödtung des B, und seine That trägt somit in Bezug auf denselben alle Merkmale einer vorsätzlichen und absichtlichen an sich [21a]). —

Aus der bisherigen Entwickelung ergibt sich die Unzulässigkeit von zwei anderen in der neueren Doktrin hervorgetretenen Auffassungen der Verwechselungsfälle.

Nach der einen [22]) wäre ein ideales Zusammentreffen von Versuch und fahrlässiger Rechtsverletzung anzunehmen; Versuch — in der Richtung auf das nicht getroffene, Fahrlässigkeit — in der Richtung auf das getroffene

21a) L. 18 §. 3 de injur. (47, 10). Si injuria mihi fiat ab eo cui sim ignotus aut si quis putet me Lucium Titium esse, quum sim Cajus Sejus, praevalet quod principale est, injuriam eum mihi facere velle.

22) Geib im Archiv f. KrR. 1838 S. 46 f. — Geib hat seine Ansicht später selbst zurückgenommen und sich der herrschenden Lehre angeschlossen: Lehrb. d. StrafR. II S. 273.

Objekt. — Allein bei der bewußten und gewollten Richtung der That auf das letztere [illegible] widerstrebt die Annahme einer durch bloße Fahrlässigkeit herbeigeführten Re[illegible]tsverletzung dem Wesen des Dolus nicht minder als dem der Fahrlässigkeit, während es zugleich an der thatsächlichen Richtung der That auf das ursprünglich in's Auge gefaßte Objekt, somit an einer darauf gerichteten Au[illegible]führungshandlung und an den Erfordernissen des strafbaren Versuches fehl[illegible]. — Der verbrecherische Wille hat in der Richtung auf jenen Gegenstand ke[illegible] verkörperten Ausdruck erlangt. — Wer vorhat, von X aus nach Y z[illegible]gehen, in Verwechselung des richtigen Weges aber von X aus den Weg nach Z einschlägt, von dem läßt sich nicht sagen, daß er den Versuch gema[illegible]t habe, nach Y zu gehen. —

Nach ein[illegible]er anderen Lehre[23]) soll der Verwechselungsfall eine doppelte dolose Handl[illegible]ng darstellen: einen Versuch in der Richtung auf das verwechselte, ei[illegible] dolose Vollendung in der Richtung auf das getroffene Objekt. — Alle[illegible] da die That die erste Richtung gar nicht hat, so kann aus den schon vo[illegible]in angedeuteten Gründen hinsichtlich derselben ein strafbarer Versuch nicht angenommen werden. —

Die hie[illegible] vertretene Würdigung der Verwechselungsfälle läßt sich als die in der [illegible]eren Wissenschaft[24]) und Rechtsprechung[25]) vorherrschende bezeichnen, [illegible]n auch zur Begründung derselben verschiedene Wege eingeschlagen wer[illegible][26]).

---

23) Böhl[illegible] in Goltdammer's Archiv VIII S. 156.

24) S. die [illegible] ä. Literatur bei Geib, Lehrb. d. StrafR. II S. 272. — Vgl. insbes. [illegible]achariä, Versuch I S. 272; Goltd. Arch. V S. 586 Note. — Heffte[illegible] u. Archiv d. KrR. XII (1832) S. 281. — Pfotenhauer, Einfluß des Irrthumes u. s. w. Abth. 2 S. 8 f.; Gerichtssaal 1861 S. 27[illegible] 286. — [illegible] 89. — Breidenbach, Komm. z. d. gh. hess. StGB. I, 2, [illegible] Anm. 1. — Köstlin, n. Revision S. 272 f.; System I S. 198, §. 75 [illegible] 435. — Hälschner, System S. 167; in Goltd. Archiv VII S. [illegible] — Berner, Grds. d. preuß. StrafR. S. 80. — Bekke[illegible] Theorie d. StrafR. I S. 541. — Geßler, Dolus S. 235 f.; Gericht[illegible]saal 1863 S. 176. — [illegible] 1862) S. 39. — Geyer, Erört. üb. d. allg. Thatbest. d. Verbr. [illegible] — Fr. Walther in den u. S. 486 Note 18 angef. Abh. — Für das bayer. R.: Hocheder, Komm. z. d. bayer. StGB. I S. 213 [illegible] 241. — Stenglein, Komm. II S. 247. —

25) S. die [illegible] Note 20 angef. Fälle. — Vgl. noch Oppenhoff zu §. 175 des Preuß. [illegible]tGB. Nr. 7. — Ferner Goltdammer Archiv IX S. 135 (Irrthum oder Verwechselung hins. der Person des Verläumdeten). — Ueber die Fragestellung in Verwechselungsfällen s. noch Goltd. Archiv II S. 96.

26) Ueber d[illegible] Motivirung aus dem abstrakt gefaßten Inhalte des verbrecherischen Dolus s[illegible] n. S. 488.

Schließlich sei noch bemerkt, daß die Modalität der Schuld in Beziehung auf die Nüancirung des Dolus nach dem Willenszustande des Thäters bei der Ausführung der That zu bemessen ist [27].

§. 5. Forts. Abirrung der That in ihrem Erfolge.

Der äußeren Verwandtschaft wegen sei es gestattet, hier sogleich auf den von dem Verwechselungsfalle wohl zu unterscheidenden Abirrungsfall näher einzugehen.

Unter der Abirrung der That (aberratio delicti, aberratio ictus vel jactus) ist der Fall gemeint, wenn die auf einen bestimmten Gegenstand gerichtete vorsätzliche und absichtliche rechtswidrige Thätigkeit ohne den Willen des Thäters an einem anderen Gegenstande eine Verletzung oder Beschädigung hervorbringt [1]. —

Zur richtigen Beurtheilung solcher Vorkommnisse sind zuvörderst jene Fälle auszuscheiden, in welchen der eingetretene Erfolg dem Thäter zum eventuellen Dolus zuzurechnen ist [2].

Diese Zurechnung ist nach der in der neueren Wissenschaft überwiegend vertretenen Auffassung dann gegeben, wenn der Thäter bei seiner auf die Erreichung eines bestimmten verbrecherischen Zweckes gerichteten Unternehmung die Wahrscheinlichkeit oder Möglichkeit der Hervorbringung eines anderen rechtsverletzenden Erfolges gekannt und diese Eventualität in seinen Willen aufgenommen hat, indem er auf die Gefahr der Bewirkung dieser anderweitigen Rechtsverletzung hin das beschlossene Unternehmen gleichwohl ausführte. Der eventuelle böse Wille besteht in dem gewußten und gewollten Wagnisse der Bewirkung einer anderweiten Rechtsverletzung neben

---

[27]) Geib, Lehrb. a. a. O.

[1]) Der Grund der Abirrung kann in der eigenen Ungeschicklichkeit des Thäters bei der Anwendung seiner Mittel liegen (Fehlschlag, Fehlschuß), oder in einer von seiner Handlung unabhängigen Veränderung der äußeren Sachlage (der Angegriffene ändert seine Stellung; ein Anderer tritt vor ihn; die für den A bestimmte und ihm vorgesetzte vergiftete Substanz kömmt in die Hand des B und wird von diesem mit tödtlichem Erfolge genossen; der in den inneren Raum des Hauses X mit der Absicht dieses Haus anzuzünden gelegte Brandstoff wird durch den Wind oder ein Thier in die Räume des Hauses Z gebracht und dieses brennt ab) u. dgl.

Die Injurie, die Körperverletzung, Tödtung, Beschädigung, Brandstiftung sind jene Delikte, bei welchen wohl am ehesten Abirrungen vorkommen können.

[2]) Berner, Grds. d. preuß. StrafR. S. 80.

... der zunächst beabsichtigten; in dem auf das Wagniß gerichteten Willen liegt implicite auch der auf die gewagte Rechtsverletzung gerichtete verbrecherische Wille, so daß die letztere, falls sie eintritt, zum Dolus zuzurechnen ist [3]). Die Anwendbarkeit des Dolus eventualis auf jene Fälle zu beschränken [4]), wenn sich die durch die verbrecherische Unternehmung herbeigeführte Rechtsverletzung zu der zunächst beabsichtigten als eine quantitative Steigerung der letzteren [5]), oder als ein nach den Umständen nicht zu vermeidendes Accessorium, gleichsam eine Dareingabe, verhält [6]), — fehlt es an jedem inneren Grunde. Die Merkmale des eventuellen Dolus sind in jedem ... so auch dann gegeben, wenn die verbrecherische Unternehmung so angelegt ist, daß durch dieselbe statt des Gegenstandes, auf welchen die rechtsverletzende Absicht des Thäters zunächst gerichtet ist, auch ein anderer getroffen werden kann, der Thäter diesen möglichen Erfolg voraussieht, und durch die unveränderte Ausführung seines Entschlusses seinen verbrecherischen Willen auch darauf bezieht. Und zwar muß es gleichgiltig sein, ob dieser an einem anderen Gegenstande bewirkte Erfolg in einer gleichartigen oder in einer verschiedenartigen Rechtsverletzung besteht [7]). In dem einen so wie in dem anderen Falle hat der Thäter — um die Probe an der Zeichnung des Dolus eventualis in der neueren Doktrin zu machen — „den einen Erfolg als den sein sollenden, den anderen möglichen Erfolg zugleich als den sein

3) Daß die Zurechnung zur Fahrlässigkeit durch das Bewußtsein der Gefährlichkeit der Handlung nicht alterirt wird (s. oben S. 80), bildet keinen Einwand. Denn dort fehlt es an dem hier vorausgesetzten verbrecherischen Willen, an der auf Bewirkung einer Rechtsverletzung gerichteten Absicht.

4) Vgl. u. a. Bauer, Abh. I S. 272. — Abegg, Lehrb. d. StrafR. §. 84 (Vgl. jedoch die Note 3 a. E. S. 135). — Hocheder, Komm. S. 60.

5) Der Thäter sieht z. B. ein, daß die zunächst beabsichtigte Körperverletzung auch den Tod des Verletzten bewirken könne, vollbringt aber seine That gleichwohl und zwar mit tödtlichem Erfolge.

6) Wenn z. B. dem Brandstifter bekannt war, daß sich in dem Gebäude Menschen aufhalten, und er in dem Bewußtsein ihrer Gefährdung gleichwohl anzündet und deren Tod herbeiführt. — In unserem StGB. ist für die erheblichen Fälle der Art besondere Vorsehung getroffen: Vgl. Art. 164, 234, 245 Abs. 2, Art. 247 Abs. 2, Art. 248 Abs. 2, Art. 302, 357 Abs. 2, 361 Abs. 3, Art. 362 Abs. 1, Art. 363 Abs. 2, Art. 378 Abs. 2.

7) Wer auf den inmitten anderer Personen oder in einem mit kostbaren Gegenständen angefüllten Zimmer befindlichen Gajus, in der Absicht, ihn zu tödten, schießt, ist wegen Dolus eventualis verantwortlich, nicht nur, wenn er einen Nebenstehenden tödtet, sondern auch, wenn er ihn nur verwundet, oder wenn

Ursenden gesetzt, weil zwar nur jener dem Zwecke als Mittel dienen soll, der andere Erfolg aber bei Gelegenheit der Verwirklichung des sein sollenden Erfolges sich nicht vermeiden läßt“ 8). In dem einen wie anderen Falle „beabsichtigt der Handelnde einen bestimmten rechtsverletzenden Erfolg, sieht aber auch zugleich die Möglichkeit noch eines anderen rechtsverletzenden Erfolges, und willigt in denselben für den Fall seines Eintrittes eventuell ein“ 9); — handelt der Verbrecher so, „daß er den betreffenden Erfolg zwar nicht gerade herbeiführen will, für den Fall jedoch, daß derselbe in der That herbeigeführt werden sollte, ihn im Voraus gut heißt und sich schlechthin damit für einverstanden erklärt“ 10).

Die sorgfältige Berücksichtigung aller der That vorgängigen und begleitenden Umstände wird dem Richter selten einen Zweifel lassen, ob Dolus eventualis oder reine Aberration vorliegt. Mußte sich dem Thäter bei der Ausführung seines verbrecherischen Entschlusses die Wahrscheinlichkeit der Hervorbringung eines anderweiten Erfolges aufdrängen und hat er gleichwohl in der Auswahl und der Anwendung seiner Mittel nichts geändert, so wird unbedenklich Dolus eventualis anzunehmen sein 11).

Wenden wir uns nach der Ausscheidung dieser Fälle zur Beurtheilung der reinen Abirrung, so ist zuvörderst klar, daß hiefür die Grundsätze über den Einfluß des Irrthumes auf die Zurechnung keinen brauchbaren Aus-

---

er durch den Schuß an den im Zimmer befindlichen Kostbarkeiten Zerstörungen bewirkt hat.

8) Hälschner a. a. O. S. 131.

9) Köstlin, n. Revision §. 108.

10) Geib, Lehrb. II S. 260. — Vgl. noch die Definition des Dolus eventualis bei Bauer, Abh. I S. 272: „Der Handelnde beabsichtigt zunächst und hauptsächlich den einen, willigt aber auf allen Fall auch in den anderen strafbaren Erfolg, welcher, wie er einsieht, aus seiner Handlung entstehen kann, — vorausgesetzt, daß er letzteren als die mögliche wahrscheinliche Folge seiner Handlung einsah und das Eintreten desselben zwar nicht gerade wollte, solchen jedoch, falls er dennoch eintreten sollte, im Voraus bestimmt billigte.“ — S. auch Abegg, Lehrb. §. 84; Heffter, Lehrb. a. a. O.

11) „Hat A auf den B gezielt, neben ihm aber den C gesehen und nun in der Meinung gehandelt, daß, falls er den B nicht treffe, nichts daran gelegen sei, wenn er den C niederstrecke, so ist ihm die vollendete Tödtung des C zuzurechnen, und es kann von einer Abirrung der Handlung nicht mehr die Rede sein, weil die Handlung in der vom Willen ihr angewiesenen Richtung ging. Eben so würde die Giftmischerin sich eines vollendeten Mordes schuldig machen, die den Brei, mit dem sie ihren Mann vergiften will, an einen Ort stellt, zu dem auch andere Personen

[illegible] ieten. Der Irrthum, wie ihn das Strafgesetz bei seinen Be- [illegible] über die Wirkungen desselben für die Schuld des Handelnden [illegible] ist ein der That immanenter, er bezieht sich auf die That und [illegible] Ein solcher Irrthum ist zwar bei der Verwechselung ge- [illegible] der Abirrung, wo sich der Thäter in voller Kenntniß [illegible] nicht bei [illegible] Beschaffenheit befindet. Darin, daß er in seiner Er- [illegible] und ihre [illegible] ung des vorgesteckten verbrecherischen Zieles getäuscht [illegible] Erreich [illegible] nig ein Irrthum des Thäters, als man von einem [illegible] ebensowenig [illegible] en sprechen kann, der das Schwarze, auf welches er [illegible] getroffen hat. Wäre das Verfehlen eines gesteckten Zieles, die [illegible] Erwartung hinsichtlich seiner Erreichung vom Gesichtspunkte des [illegible] zu beurtheilen, so müßte dieses unter Umständen auch vom Ver- [illegible] da auch derjenige, welcher wider seinen Willen über den Ver- [illegible] hinausgekommen ist, weil er das Ziel seiner Handlung verfehlt [illegible] seiner Erwartung getäuscht findet 12).

Vielmehr können bei dem Stillschweigen positiver Gesetze nur die all- [illegible] Grundsätze über Zurechnung und Schuld in Verbindung mit denen [illegible] den Versuch maßgeben. Diese führen aber zur Annahme eines straf- [illegible] Versuches in der Richtung auf die beabsichtigte, nicht zur Ausführung [illegible] Rechtsverletzung, womit nach Umständen eine strafbare Fahrlässig- [illegible] Richtung auf die durch die That herbeigeführte Verletzung oder [illegible] zusammentreffen kann. In der letzteren Richtung Vorsatz und [illegible] anzunehmen, ist unzulässig. Denn der Dolus ist — auch nach der in [illegible] neueren Doktrin überwiegend anerkannten Auffassung des Begriffes — [illegible] konkreten Bestimmtheit aufzufassen und zu würdigen, und es [illegible] her ein rechtsverletzender Erfolg nur dann auf den rechtswidrigen [illegible] des Thäters als wirkende Ursache zurückbezogen werden, wenn dieser [illegible] in seiner konkreten Erscheinung (— selbstverständlich in Hinsicht auf [illegible] den fraglichen Re[illegible] wesentlichen Merkmale —) dem konkreten Wil- [illegible] halte des Thäters entspricht. In den Abirrungsfällen hat aber der [illegible] seine That weder vorsätzlich auf das durch das Abirren getroffene

[illegible] nen können, sofern sie die Möglichkeit erkannt und im dolus eventualis [illegible] andelt hat." Berner a. a. O. S. 80.

[illegible] Die gleiche Beurtheilung müßte denjenigen treffen, welcher in der Absicht [illegible] D zu tödten, an einem auch Anderen zugänglichen Orte ein Selbstgeschoß [illegible] gt hat, wenn der C zuerst die an der Legbüchse befindliche Schnur be- [illegible] rt und sich dadurch eine tödtliche Verwundung zugezogen hat u. dgl. [illegible] kann daher auch der Würdigung der Abirrungsfälle im Systeme ein Platz [illegible] der Lehre vom Irrthum mit Grund nicht vindizirt werden. A. M. [illegible] ther in der Krit. Vierteljahresschr. IV S. 542.

Objekt gerichtet, noch liegt seiner Handlung die Absicht zu Grunde, an dem letzteren eine Rechtsverletzung zu bewirken. Es fehlt somit an der zum Dolus wesentlichen Vermittelung zwischen dem rechtswidrigen Willen und dem konkreten Erfolge der That [13]). Dagegen fließt die Zurechnung zur Fahrlässigkeit aus den allgemeinen darüber geltenden Grundsätzen, vorausgesetzt, daß in der fraglichen Richtung die Fahrlässigkeit überhaupt in das Strafgebiet hereingezogen ist und daß die Handlungsweise des Thäters die Merkmale rechtswidriger Fahrlässigkeit an sich trägt [14]). —

Diese Beurtheilung der Abirrungsfälle hat auch für solche Vorkommnisse, wo durch die abirrende That eine von der beabsichtigten Rechtsverletzung verschiedene hervorgebracht wurde [15]), keinen Widerspruch erfahren [16]).

Dagegen soll der bewirkte gleichartige Erfolg nach einer schon in der älteren Doktrin (freilich ohne tiefere Begründung) vorkommenden und auch von einzelnen neueren Gesetzbüchern aufgenommenen [17]) Ansicht dem

---

13) An dem materiellen, physikalischen Causalzusammenhange zwischen der That und der durch sie ohne den Willen des Thäters hervorgebrachten Verletzung fehlt es allerdings nicht. Allein dieser äußere Causalzusammenhang ist für die Zurechnung nicht entscheidend. Was entscheidet, ist der Willenszusammenhang zwischen der That und ihrer Wirkung, und dieser ist in den Abirrungsfällen nicht gegeben; der Thäter wollte ex hypothesi an dem getroffenen Objekte eine Rechtsverletzung nicht bewirken. „Der innere Zusammenhang erstirbt im Augenblicke der Abirrung der Handlung." Berner, Grds. S. 79.

14) Z. B. der getroffene C befand sich so weit von der Schußlinie, oder das vergiftete Getränke befand sich an einem so schwer für Dritte zugänglichen Orte, daß der Thäter die Möglichkeit der Abirrung bei seiner That für unwahrscheinlich gehalten und also auch nicht in seinen eventuellen Willen aufgenommen hat. Ders. S. 80.

15) Z. B. der von A auf B in mörderischer Absicht abgefeuerte Schuß verfehlt den B, prallt ab, und fügt dem C eine leichte Verwundung zu. Oder der Fehlschuß setzt einen Strohhaufen und durch diesen ein Gebäude in Brand, oder tödtet ein fremdes Thier u. dgl.

16) Die Vertreter der gleich zu erwähnenden verschiedenen Auffassung der Abirrung haben nur einen mit dem beabsichtigten gleichartigen Erfolg im Auge.

17) Gh. Hessisches StGB. Art. 62, und dazu Breidenbach a. a. O. S. 95. — Bad. §. 100. — Oesterreich. StGB. §. 134 (in Bezug auf den Mord).

Wo es eine Strafgesetzgebung — wie außer der bayerischen namentlich auch die preußische — an einer ausdrücklichen Entscheidung der Frage fehlen läßt, kann man aus der Fassung der Thatbestandsmerkmale bei den hier zur Sprache kommenden Verbrechen weder für die eine noch andere der hier

hat ... zum Dolus zuzurechnen, somit die Abirrung nach gleichen Grundsätzen wie die Verwechselung zu beurtheilen sein; und diese Ansicht hat in der neuesten Doktrin wieder eifrige Vertreter gefunden 18) 19).

Der Ausgangspunkt für ihre Theorie ist die Unterstellung, daß die auf Hervorbringung einer Rechtsverletzung an einem bestimmten Objekte gerichtete ... bösen Willens der auf die Bewirkung der Rechtsverletzung als solcher in abstracto gerichtete Wille sei. Hieraus folgt dann von selbst hinsichtlich der Beurtheilung von Vorsatz und Absicht, daß es gleichgiltig sei, ob der Thäter die im Allgemeinen gewollte Rechtsverletzung an dem einen oder anderen Objekte — Gleichartigkeit vorausgesetzt — zur Ausführung gebracht hat. — Beruht das Wesen der Absicht auch bei einer verbrecherischen That mit konkreter abgegränzter Richtung überhaupt in „dem Willen, ein Verbrechen seinem gesetzlichen Thatbestande nach im Allgemeinen hervorzubringen" 20); ist sie nichts Anderes als „der Wille, eine Handlung in ihrer allgemeinen Qualität zu realisiren" 21), — so ist es allerdings völlig indifferent, ob die Handlung gerade an dem speziellen Gegenstande realisirt würde, welchen der Thäter zunächst in's Auge gefaßt hat, oder an einem anderen, in Bezug auf welchen die Handlung ganz dieselbe allgemeine Qualität offenbart. Muß das Wesen der Absicht bei einem mörderischen

---

... kontrovertirten Ansicht [illegible] ken ein triftiges Argument ableiten. Denn der Gesetzgeber hat bei seiner Bezeichnung des Thatbestandes sicher an die Abirrung nicht gedacht. U. a. ist es daher auch unzulässig, aus der nothwendig abstrakten Sprache des Gesetzgebers die Folgerung abzuleiten, daß es gleichgiltig sei, ob der Thäter seine verbrecherische Absicht an dem konkreten Objekte, auf welches seine vorsätzliche That gerichtet hat, oder an einem anderen gleichartigen zur Ausführung gebracht hat. — Vgl. Walther in d. Bl. f. RA. XXIX 321 f.

18) Die ältere Literatur s. bei Geib, Lehrb. II S. 270. — Aus der neueren ist anzuführen: Pfotenhauer, Einfluß des faktischen Irrthums Abth. 2 (1839) S. 71; Ger.-Saal 1861 S. 276 f. — Köstlin, N. Revision S. 272; System I S. 198. — Hälschner in Goltdammer's Archiv VII S. 433. — Walther in der Münchener kritischen Vierteljahresschrift IV (1862) S. 523; VI (1864) S. 217; Ders. in den Bl. f. RA. XXVIII S. 131; XXIX S. 241, 321.

19) Auf dem Boden des bayer. R. hat die Kontroverse bei der gleichen Bestrafung des Versuches mit der Vollendung nur eine untergeordnete Bedeutung hinsichtlich des arbiträren richterlichen Strafmilderungsrechtes beim Versuche. — Nach franz. R. entbehrt sie für die crimes jeder Bedeutung, Chauveau et Hélie, théorie d. c. p. vol. V, p. 165, 218.

20) Walther, Bl. f. RA. XXVIII S. 135; XXIX S. 321.

21) Köstlin, N. Revis. S. 273; Hälschner in Goltd. Archiv VII S. 444.

auf Menschentödtung

Angriffe auf eine bestimmte Person in dem abstrakten, so ist es gleich, ob durch die überhaupt gerichteten Willen gesucht werden, That „Hinz oder Kunz" getroffen wird.

Allein diese Auffassung der Absicht — unzweifelhaft richtig vom Stand-punkte des in abstrakter Weise den Thatbestand eines Delikts bestimmenden Gesetzgebers — kann als Grundlage für die Beurtheilung des Schuldmo-mentes bei einer konkreten, auf ein bestimmtes Objekt gerichteten verbrecher-ischen That für richtig nicht erkannt werden. Hier muß sich die Würdigung des Willensverhältnisses auf den subjektiven Standpunkt des Thäters be-geben, sie muß den verbrecherischen Willen desselben in dem Umfange nehmen und gelten lassen, in welchem ihm derselbe zur Zeit der That wirklich inne-gewohnt hat. Hat also der Thäter seine verbrecherische That auf einen be-stimmten Gegenstand in der klarbestimmten Absicht gerichtet, an diesem Ge-genstande und nur an diesem eine bestimmte Rechtsverletzung zu begehen, so darf ihm keine über diesen Gegenstand hinausgehende, auf die Realisirung einer bestimmten Rechtsverletzung überhaupt nur in abstracto gerichtete Willensrichtung untergeschoben werden. Die Absicht, an einem konkreten Objekte die Rechtsverletzung zu verwirklichen, schließt die Absicht, dieselbe an irgend einem anderen gleichartigen Gegenstande zu bewirken, unmittelbar aus; unius positio alterius est exclusio. Wer das Objekt, auf welches er seine That unmittelbar richtet, zu treffen sich vorsetzt, will eben damit an sem eine Rechtsverletzung herbeizuführen beabsichtigt, will eben damit an einem anderen Gegenstande diese Rechtsverletzung nicht begehen. Dem gegen-ständlich punktualisirten Willen darf nicht die Richtung auf eine abstrakte Linie untergeschoben werden. M. a. W.: der Schluß, A. will an dem Gegenstande X. durch seine hierauf gerichtete That eine bestimmte Rechtsver-letzung bewirken, also will er diese Rechtsverletzung in abstracto auch an jedem anderen gleichartigen Objekte durch seine That hervorbringen, — ist unzuläßig, weil damit der konkreten, realen Willensbestimmung des Thäters ein ihr fremder Inhalt untergeschoben wird.

Hiegegen kann der Einwand nicht aufkommen, daß zur Annahme des Vorsatzes und der Absicht hinsichtlich eines durch die That bewirkten rechts-verletzenden Erfolges keineswegs eine vollständige Kongruenz des verbrecher-ischen Willens mit dem realen Thatbestande erforderlich sei, indem es hin-reiche, wenn in den für den Thatbestand wesentlichen Stücken jene Ueber-einstimmung vorliege, daß aber der Gegenstand der Verletzung, dessen Gleich-artigkeit vorausgesetzt, für den Thatbestand derselben gleichgiltig sei [22]. —

---

[22]) Vgl. Bl. f. RA. XXIX S. 247.

[illegible] ist der Stand der Frage verrückt. Nicht darum handelt es sich, ob [illegible] Thatbestande eines vollendeten absichtlichen Verbrechens die Hervorbringung der Rechtsverletzung gerade an einem individuell bestimmten Gegenstande [illegible] Frage ist, ob die an einem Objekte bewirkte Rechtsverletzung [illegible] sondern die Frage [illegible] eine dolose sei, wenn weder die That noch die Absicht [illegible] dann derselben auf die Verletzung dieses Objektes gerichtet war. [illegible] auch bei der [illegible] behauptet werden, daß es in solchen Fällen nicht nur an [illegible] Thäters [illegible] muß aber behaupteten Momente des Dolus, sondern (in Beziehung auf [illegible] außerwesentlichen [illegible] Erfolg) an dem Dolus überhaupt fehle, — da die [illegible] hervorgebrachten [illegible] umständlich individualisirte Bestimmtheit des rechtswidrigen Willens ein [illegible] integrirendes und unentäußerliches Moment der konkreten und also realen verbrecherischen Absicht überhaupt bildet, da diese Absicht in der individualisirten objektiven Beziehung vollständig aufgeht, mit ihr steht und fällt, außerhalb derselben somit gar nicht vorhanden ist.

Eben so wenig kann der weiteren Bemerkung eine Berechtigung zuerkannt werden, daß derjenige, welcher bei der Aberratio hinsichtlich des betroffenen Objektes einen dolosen Erfolg nicht annehme, einen solchen konsequent auch bei den Verwechselungsfällen nicht statuiren dürfe, da beide Fälle in allen juristisch belangreichen Beziehungen sich vollständig gleichen. Dieser Vorwurf der Inkonsequenz trifft nur jene Argumentation, welche die Würdigung des Verwechselungsfalles als vollendetes doloses Verbrechen auf die (hier bekämpfte) abstrakte Auffassung der Absicht gründet. Dagegen bleibt die Deduktion, wie sie oben zur Begründung jener Auffassung der Verwechselung versucht ist (S. 478), von jenem Vorwurfe völlig unberührt. — Es fehlt somit an inneren Gründen, die Abirrung mit gleichartigem Erfolg anders zu beurtheilen als die mit ungleichartigem, und für diese Ansicht fehlt es auch in der neuesten Doktrin nicht an guten Gewährsmännern 23), sowie sich auch die bayerische und preußische Praxis für die-

23) [illegible] d. Literatur bei Geib a. a. O., woraus ersichtlich, daß die hier vertretene Meinung älter ist als die bekannte Abhandlung Gesterding's im N. Archiv d. CrR. III S. 489. — Für die obige Ansicht: Geib a. a. O. — Berner, Lehrb. §. 91 Note 2; Grundf. des preuß. StrafR. S. 79. — Geßler, Begriff und Arten des Dolus S. 337 f.; Ger.-Saal 1860 S. 369; 1863 S. 176. — Geyer, Erört. üb. d. allg. Thatbest. des Verbr. u. s. w. (S. 2). — Bierer, Ger.-S. 1860, Beil.-H. S. 369. — Heffter, im Arch. d. CrR. XII S. 285; Lehrb. §. 73, 61, 76. — Krug in Weiske's Rechtslex. XII S. 741. — Hinsichtlich des bayer. R.: Hocheder, Komm. S. 212; Stenglein, Komm. II S. 247. — Max Volgiano i. d. Bl. f. RA. XXIX S. 81 f.

selbe erklärt hat,[24]) — jedenfalls ein Beweis dafür, daß sie auch dem ge-
bildeten Rechtsbewußtsein geläufiger und eingehender ist als die entgegen-
gesetzte[25]). —

Hinsichtlich des Maßes der Strafbarkeit des Thäters in Abirrungs-
fällen ist noch die richtige Bemerkung anzunehmen, daß sich dieselbe in dem
Grade steigern muß, je mehr sich der Thäter auf den von ihm auch nicht
eventuell gewollten Verlauf seiner Thätigkeit gefaßt halten mußte, je gefähr-
licher eben hiemit seine durch verbrecherische Willensbestimmung hervorgeru-
fene Thätigkeit für einen weiteren Kreis als den von ihm gezogenen der
Sachlage nach sein konnte[26]). Diese Rücksicht wird namentlich das Er-
messen des Richters in Hinsicht auf die Anwendung des ihm beim Versuche
freistehenden Strafmilderungsrechtes leiten.

§. 6. Forts. Irrthum über die bereits eingetretene Voll-
endung der beabsichtigten Rechtsverletzung.

Noch einer anderen Streitfrage, mit welcher sich gerade die neueste
Literatur mit besonderer Vorliebe beschäftigt, ist durch die prinzipielle Gleich-
stellung des Versuches mit der Vollendung die praktische Spitze für uns
insoweit abgebrochen, als es sich nur noch um das dem Richter beim Ver-
suche zustehende Strafermäßigungsrecht handelt.

---

[24]) Bayer. Praxis: OAGE. v. 9. Mai 1856 (Zeitschr. III S. 217); vom
30. März 1864 (Zeitschr. XI S. 82 f.); dazu Walther i. d. Bl. f. RA.
XXIX S. 321 f.).

Preußische Praxis: Goltdammer's Archiv I, S. 707; II S. 96, 492;
III S. 105; VIII S. 162; IX S. 779.

[25]) Wäre in Bezug auf das durch Abirrung getroffene Objekt Absicht anzuneh-
men, so müßte in derselben Richtung auch ein Versuch statuirt werden, wenn
durch einen weiteren Zufall die Rechtsverletzung an dem Objekte, auf welches
dieselbe abgeirrt ist, nicht zum Vollzuge gekommen ist, z. B. wenn der auf
den A. abgefeuerte Schuß zwar den B. trifft, aber ohne ihn zu beschädigen,
weil er etwa an dessen metallener Dose abgleitet. — Welcher Staatsanwalt
möchte wohl unternehmen, den Geschworenen klar zu machen, daß der Ange-
klagte einen Mordversuch an dem B. verschuldet habe?

Wollten aber die Vertreter der hier bekämpften Ansicht in solchen Fällen
keinen Versuch statuiren, so käme ein nicht minder auffallendes Ergebniß heraus.
Der A., dessen mörderische, auf den B. gerichtete That von diesem auf
den C. abirrt, wäre wegen vollendeten Mordes strafbar, falls der C. in Folge
der Abirrung getödtet wird; dagegen wäre er nur wegen fahrlässiger Körper-
verletzung strafbar, wenn in Folge der Abirrung der C. nur verwundet wird.

[26]) Geßler, Ger.-S. 1863 S. 182.

Es ist die Frage über die strafrechtliche Zurechnung des Erfolges, wenn der Thäter durch seine rechtswidrige Handlung den beabsichtigten rechtsverletzenden Erfolg in der Weise bereits bewirkt zu haben glaubt, in dieser irrigen Voraussetzung nachträglich noch weitere Handlungen an dem Gegenstande seines Verbrechens zu einem anderen Zwecke vornimmt, und nun durch letztere der Erfolg in der That hervorgebracht wird[1]).

Zur genaueren Abgränzung der Frage sind zuvörderst jene Fälle auszuscheiden, in welchen zwar in der Richtung auf den Gegenstand des Verbrechens gleichfalls mehrere successive und unterscheidbare Thätigkeiten des Thäters vorliegen, von denen erst die letzte den beabsichtigten Erfolg hervorgebracht hat, der erfolgreiche Endakt jedoch als ununterbrochene Fortsetzung und somit als Bestandtheil und Abschluß der Haupthandlung erscheint, oder von der verbrecherischen Absicht in der Form des eventuellen Dolus beherrscht wird.

Wer seinen schlafenden Reisegenossen im Eisenbahnkoupé in mörderischer Absicht überfällt, durch Schläge auf den Kopf betäubt und dann zum Eisenbahnwagen hinauswirft; wer am Rande eines Flusses oder Abgrundes seinen Gegner angreift, verwundet und dann in den Fluß oder in die Schlucht hinabstürzt, so daß derselbe in den Wellen oder durch den Sturz den Tod findet, — der hat seine mörderische Absicht durch eine Mehrheit von successiven Thätigkeiten ausgeführt, dieselben bilden eine zusammenhängende, von einer Absicht beseelte Einheit, die Zurechnung des Erfolges zum Dolus (und zwar zum bestimmten Dolus) kann nicht zweifelhaft sein.

Die Zurechnung zum Dolus muß aber auch dann eintreten, wenn der Thäter annimmt, daß seine Einwirkung auf den angegriffenen Gegenstand zur Bewirkung des beabsichtigten Erfolges bereits ausgereicht habe, er ist jedoch dessen nicht ganz sicher und vollzieht nun im Bewußtsein der Möglichkeit des Gegentheiles an dem Gegenstande seines Verbrechens

[1]) Die Fälle kommen wohl am häufigsten bei Mißhandlungen mit tödtlicher Absicht vor. Der Mörder glaubt sein Opfer bereits erwürgt, erschlagen oder sonstwie getödtet zu haben; um den Schein eines Selbstmordes oder Unglücksfalles hervorzubringen, oder um die That zu verheimlichen, hat er darauf den vermeintlichen Leichnam aufgehenkt, in das Wasser geworfen, verscharrt; nach den Gutachten der Sachverständigen ist erst durch diese nachfolgende Thätigkeit der Tod herbeigeführt worden. — Oder der Mörder kehrt zu dem für todt liegen gelassenen B zurück, und verstümmelt den (vermeintlichen) Leichnam, um seine Rachgier oder Bosheit noch an dem Todten zu befriedigen; erst durch diese Verstümmelung wird aber der Tod des B herbeigeführt. Schwarze, Goltd. Archiv XII, 333. Auch bei Brandstiftung lassen sich nach Umständen analoge Fälle denken.

weitere Handlungen, von welchen er weiß, daß sie unter allen Umständen den beabsichtigten Erfolg bewirken müssen, indem er diese Eventualität in seinen Willen mit aufnimmt [2]). Hier sind alle Erfordernisse des Dolus eventualis gegeben und von diesem Gesichtspunkte muß der durch die nachfolgende accessorische Thätigkeit bewirkte Erfolg dem Thäter zum Dolus zugerechnet werden, was auch von Niemand bezweifelt wird.

Soweit diese Beurtheilung nicht Platz greift, der Thäter somit bei der Vornahme seiner späteren Thätigkeit an dem Gegenstande des Verbrechens in dem Glauben war [3]), daß er die beabsichtigte Rechtsverletzung an demselben bereits ausgeführt habe (in Tödtungsfällen also, daß er es mit einem Leichname zu thun habe) [4]), — kann auch der durch diese nachfolgende aus der Absicht der Verheimlichung u. dgl. hervorgegangene Erfolg dem Thäter nicht zum Dolus zugerechnet werden. Es fällt vielmehr demselben in Beziehung auf das beabsichtigte Verbrechen nur Versuch zur Last, da seine auf Bewirkung der Rechtsverletzung gerichtete Handlung den beabsichtigten Erfolg nicht hervorgebracht hat. Ob mit diesem Versuche in der Richtung auf das beabsichtigte Verbrechen eine strafbare Fahrlässigkeit wegen des in anderer Absicht herbeigeführten Erfolges zusammentrifft, ist nach den Umständen des vorliegenden Falles zu bemessen [5]).

Gegenüber dieser auf den einfachsten und anerkanntesten Grundsätzen über Zurechnung und über Versuch beruhenden Würdigung der fraglichen

---

[2]) Er wirft den Körper in das Wasser, verscharrt ihn u. s. w.

[3]) Ueber den Beweis dieses Irrthumes s. Goltd. Archiv X S. 740.

[4]) Beispiele: A versetzt dem schlafenden B in mörderischer Absicht mehrere Schläge auf den Kopf. Er hält ihn für todt und knüpft den vermeintlichen Leichnam am Thürpfosten auf. Der Tod ist erst durch diese Strangulation bewirkt. — C würgt den D in mörderischer Absicht mittelst eines Strickes, den hiedurch vermeintlich getödteten D wirft er in's Wasser, um den Schein eines Unglücksfalles hervorzubringen. D hat den Tod erst im Wasser gefunden. — Die E hat ihr neugeborenes Kind, in der Absicht, dasselbe zu tödten, gewürgt, und als sie glaubte, es sei todt, in den Abtritt geworfen; hier wurde es gefunden, wieder zum Leben gebracht, starb aber 36 Stunden nach der Auffindung.

[5]) Uebereinstimmend: Mittermaier, Archiv d. KrR. 1841 S. 24. — Berner, Imputationslehre S. 193; Theilnahme S. 146; Lehrb. §. 99. — Osenbrüggen, Abh. S. 204. — Hälschner a. a. O. S. 137. — Goltdammer in s. Archiv IX S. 829. — Geßler, Dolus S. 111, 140 f. — Walther in der Münchener Krit. Vierteljahresschr. V S. 231, VI S. 224. — Geyer, Thatbestand S. 97; in Goltdammer's Archiv XIII S. 239, 313. — Hocheder, Komm. S. 214.

[illegible] sind in der neueren und neuesten Doktrin von verschiedenen [illegible] Versuche rasch aufeinander gefolgt, die Zurechnung [illegible] nachgefolgte Thätigkeit bewirkten Erfolges zum Dolus, somit [illegible] dolosen Delictes, zu begründen. [illegible] geltend gemacht, daß man die einzelnen, das Ver-[illegible] herbeiführenden Thätigkeiten nicht trennen [illegible] in der Totalität einer verbrecherischen Willenstendenz [illegible] zusammen zu fassen seien, und dieser einheitliche, mehrere Hand-[illegible] Dolus wurde als eine besondere Gestaltung des Dolus, [illegible] in die Theorie der strafrechtlichen Zurechnung ein-[illegible] dolus generalis, [illegible].

Diese Auffassung der successiven Thätigkeit des Verbrechers eigneten sich [illegible] hafte Autoritäten, jedoch nur mit dem Vorbehalte an, daß keine Willens-[illegible] zwischen den beiden Stadien der Handlung eingetreten sein, daß [illegible] bei dem zweiten [illegible] kein positives Aufgeben der dem ersten zu Grunde [illegible] Willensrichtung stattgefunden haben dürfe [7]). — In der neuesten [illegible] ist ziemlich allgemein anerkannt, daß die Annahme eines Dolus [illegible] auf einer reinen Fiktion beruhe [8]). Der Thäter hat in den fraglichen [illegible] nicht einen allgemeinen, auf eine Mehrheit von Handlungen gerichteten, [illegible] vielmehr einen [illegible] bestimmten besonderen Vorsatz. Er will durch [illegible] unternommene Haupthandlung die beabsichtigte Rechtsverletzung in's [illegible] setzen. Glaubt er [illegible] durch seine Thätigkeit dieses Ziel erreicht zu haben,

[illegible]) Weber im n. Arch. d. KR. VII S. 576. „Der allgemeine Dolus ist vorhanden, wenn der verbrecherische Entschluß mehrere auf einen Haupterfolg [illegible] oder mehrere Mittel oder Abschnitte des Handelns [illegible] hinwirkende Handlungen [illegible] das beabsichtigte Eine Verbrechen zu Stande kömmt." [illegible] umfaßt, durch welche [illegible] [illegible] beruft sich hauptsächlich darauf, daß eine andere Beurtheilung zu Spitz-[illegible] findigkeiten führen [illegible] würde, welche den gemeinen gesunden Menschenverstand [illegible] das Ansehen der Strafjustiz gefährden.

[illegible] der sich haben [illegible] S. 127, und — nach Krug's Angabe — in den ge-[illegible] Abegg [illegible] Lehrb. II [illegible] seinen Vorlesungen §. 56. — Köstlin, n. Rev. [illegible] Beilagen [illegible] Systeme §. 75 Ziff. 3 S. 202 ist Köstlin im Wesent-[illegible] 264. (In seinem [illegible] vertretenen Ansicht übergegangen.)

[illegible]) [illegible] zu der hier [illegible] Mit dieser Beschränkung ist der Dolus generalis auch von dem württemb. [illegible] Art. 56 (aufgehoben durch Ges. v. 13. Aug. 1848) und von dem bad. [illegible] §. 99 angenommen.

[illegible] Vgl. auch Pfotenhauer im GS. 1861 S. 295; 1863 S. 429. [illegible] außer den oben [illegible] Note 5 angef. gegen die Auffassung des Dolus [illegible] generalis auch Krug [illegible] in Goltd. Archiv X S. 736.

[8]) [illegible] Ueber Bekker Lehrb. I S. 263, s. Walther a. a. O. V S. 237.

so ist ein weiteres Fortbestehen seiner verbrecherischen Absicht undenkbar. Der auf Hervorbringung eines Erfolges gerichtete Wille oder die Absicht erstirbt in der wirklichen oder vermeintlichen Erreichung des vorgesteckten Zieles; wer sein Ziel erreicht zu haben glaubt, kann nicht hinterdrein noch den weiteren Willen auf Erreichung haben; einen Erfolg, welchen man nach seiner Meinung bereits bewirkt hat, kann man nicht noch einmal herbeiführen, — man kann nicht den für bereits getödtet gehaltenen noch einmal zu tödten beabsichtigen. Nimmt also der Thäter nach vermeintlich bewirkter Ausführung der Rechtsverletzung noch anderweitige Handlungen an dem Gegenstande des Verbrechens vor, so liegt den letzteren nothwendig eine neue und selbständige Willensbestimmung unter, welche mit der verbrecherischen Hauptabsicht nicht identisch sein kann[9]). Es kann daher nur von einer fortdauernden Billigung des vermeintlich bereits hervorgebrachten Verbrechens die Rede sein, die Billigung aber begründet keine rechtliche Zurechnung, und der Wille, ein Verbrechen begangen zu haben, ist eine contradictio in adjecto. —

In dieser richtigen Erkenntniß sind daher andere Wege eingeschlagen worden, um die Zurechnung des Erfolges zum Dolus zu begründen, und zwar ist es das Moment des Causalzusammenhanges, welches in verschiedener Weise dazu benützt wird. Ein Causalzusammenhang wird statuirt zwischen der absichtlichen im Versuche stehen gebliebenen Hauptthätigkeit und der erfolgreichen nachfolgenden Handlung; zwischen der Hauptabsicht und der der späteren Thätigkeit zu Grunde liegenden Willensbestimmung; zwischen der Hauptthätigkeit und dem durch die zweite Handlung hervorgebrachten Erfolge.

1) Die Deduktion des Causalzusammenhanges zwischen der auf das Verbrechen gerichteten absichtlichen Thätigkeit und der aus einer anderen Willensbestimmung hervorgegangenen nachfolgenden erfolgreichen Handlung des Verbrechers[10]) geht von der Thatsache aus, daß das Motiv der nach-

---

9) Unter dem Eindrucke dieser Wahrheit mischen die neueren Vertheidiger des Dolus generalis den Gesichtspunkt des Dolus eventualis ein, wie wenn Schwarze in Goltdammer's Archiv f. preuß. StrafR. XII S. 213 „von einer Fortdauer der Absicht bei dem zweiten Akte, von einem Nichtzurückgehen von derselben spricht, indem der Verbrecher bei der zweiten Handlung noch eine besondere aber sekundäre Absicht verfolge"; oder wenn Pfotenhauer (GS. 1863 S. 434) ein Fortwirken der Absicht zu tödten in der zweiten Handlung annimmt. Dieses ist nur richtig, wenn und soweit der letzteren ein eventueller Dolus innewohnt.

10) Krug in Goltd. Archiv X S. 734.

[illegible] Thätigkeit in dem selbstverschuldeten Irrthume des Thäters über [illegible] seiner ersten Handlung enthalten sei. Dieser Irrthum sei durch [illegible] absichtliche Handlung verursacht, somit sei die durch den [illegible] weitere Thätigkeit selbst als Wirkung auf die frühere [illegible] als Ursache zurückzuführen. — [illegible] steht indessen mit den anerkanntesten Grundsätzen [illegible] Causalzusammenhang in Widerspruch. Nach diesen können Zwi[illegible] mit selbständiger Wirksamkeit eintreten, nur dann auf [illegible] wenn sie [illegible] vorausgegangenen absichtlichen Thätigkeit kommen, sie können [illegible] dieser nur dann in ursächlichen Zusammenhang gebracht werden, wenn [illegible] durch die letztere in Wirksamkeit und Bewegung gesetzt sind. Dieses ist [illegible] zunächst schon dann nicht der Fall, wenn es ein Dritter gewesen ist, [illegible] hinzukömmt, mit der vermeintlichen Leiche etwas vorgenommen hat, [illegible] Verletzte erst dazu gemacht wird. Das Hinzukommen dieses Dritten und sein Irrthum ist ein reiner Zufall und kann nicht auf die vorangegangene Thätigkeit als Wirkung bezogen werden. Ganz unzulässig ist [illegible] den Begriff des Causalzusammenhanges auf die successiven, aus freier Willkür hervorgegangenen Entschließungen und Willensbestimmungen des Menschen anzuwenden. Der Mensch kann sich durch seine Handlung ebenso wenig absichtlich selbst in Irrthum versetzen als er sich selbst Zwang oder Gewalt anthun kann. Die Annahme des Fortwirkens der verbrecherischen Absicht in der aus dem Irrthume entsprungenen späteren Thätigkeit ist in unserem Falle schon aus dem logischen Grunde ausgeschlossen, weil sich Irrthum und verbrecherische Absicht gegenseitig ausschließen, nicht gleichzeitig neben einander in derselben Person wirksam sein können [11]).

Nicht besser gelungen ist der Versuch, die Zurechnung des Erfolges dadurch zu vermitteln, daß die Willensbestimmung, aus welcher die spätere erfolgreiche Thätigkeit hervorgegangen ist, mit der der Haupthandlung innewohnenden verbrecherischen Absicht in ursächlichen Zusammenhang gebracht wird [12]), wobei übrigens nur Angriffe in tödtlicher Absicht [illegible] zum Zwecke der Verheimlichung der Tödtung vorgenommene, [illegible] dem Erfolge des Todes bekleidete nachfolgende Thätigkeit in's [illegible] ist. Der Thäter würde den Entschluß zu verheimlichen nicht gefaßt haben, wenn er nicht zuvor die Absicht zu tödten gehabt hätte. — [illegible] genüge zu erinnern, daß die successiven Entschließungen eines Sub-

[illegible] gegen Krug: Walther, Krit. Vierteljahresschr. V (1863) S. 256. — [illegible] Schwarze in Goltd. Archiv XI S. 753. — Häberlin das. S. 548. [illegible] Häberlin a. a. O. S. 541. — Dagegen Schwarze in Goltd. Archiv [illegible] S. 331.

jektes überhaupt nicht unter die Kategorie von Ursache und Wirkung gebracht werden können, da jede für sich das Produkt des freien Willens ist; daß insbesondere der animus occultandi schon darum nicht eine Wirkung des animus occidendi ist, weil in dem Zeitpunkte, wo der Entschluß der Verheimlichung gefaßt wird, die Absicht zu tödten nicht mehr existirt, eine Wirkung aber überall nicht auf eine zur Zeit ihrer Entstehung nicht mehr existirende Ursache zurückbezogen werden kann.

3) Endlich ist noch ein ursächlicher Zusammenhang behauptet worden zwischen der absichtlichen Hauptthat und dem später bewirkten Erfolge [13]).

Dieser Versuch unterstellt einen Begriff des Causalzusammenhanges, wie er in der Wissenschaft bisher nicht anerkannt war und auch schwerlich je zur Anerkennung gelangen wird. Ein Causalzusammenhang zwischen der Wirksamkeit des Thäters und dem Erfolge soll jedesmal vorliegen, sobald feststeht, daß ohne die eigene Thätigkeit der beabsichtigte Erfolg nicht eingetreten wäre, daß jene die conditio sine qua non des Eintrittes des letzteren bilde; also sobald die eigene Thätigkeit fremden Kräften die Möglichkeit ihres Hinzutrittes und der Herbeiführung des beabsichtigten Erfolges in Vereinigung mit ihr gewährt habe. —

Dieser Satz ist in dieser Allgemeinheit nur richtig, wenn es sich um den Hinzutritt solcher Kräfte handelt, welche lediglich fördernd und unterstützend, gleichsam accessorisch, der Wirkung der Thätigkeit unter die Arme greifen. Er ist unrichtig, wenn die Kräfte, welche den Erfolg hervorgebracht, als selbständige Zwischenursachen auftreten. In solchen kann die absichtliche verbrecherische Thätigkeit nur dann als fortwirkend angesehen werden, wenn sie durch letztere in Bewegung und Wirksamkeit versetzt sind, wenn der Anstoß, vermöge dessen sie in die Kette der Vermittelungen des Erfolges eintreten, von der absichtlichen Handlung selbst ausgegangen ist, — was in unseren Fällen entschieden nicht ist, da mit der nachfolgenden Handlung ein ganz neuer Abschnitt der Thätigkeit des Verbrechers beginnt, welcher mit der früheren nur in einer zufälligen und äußerlichen Verbindung steht. —

So sträuben sich die anerkanntesten Grundsätze über Zurechnung und Causalzusammenhang gegen die Annahme einer vollendeten dolosen Vollendung; die Versuche, eine solche zu konstruiren, dienen nur wie eine negative Probe zur weiteren Begründung der oben vertretenen Auffassung [14]).

---

13) v. Buri in Goltd. Archiv XI S. 753. Dagegen insbes. Geyer das. XIII S. 239, 314.

14) Aus der bayer. Praxis ist übrigens kein Fall bekannt geworden, in welchem die Frage zur Entscheidung gekommen wäre. Aeltere Fälle aus der preußischen Praxis s. in Goltdammer's Archiv

Art. 70.

Die Unwissenheit über das Bestehen eines Strafgesetzes überhaupt oder über der Art und Größe der Strafe, die Meinung, als ob die durch das Gesetz verbotene Handlung nach dem Gewissen oder der Religion erlaubt gewesen sei, endlich die Beschaffenheit des Endzweckes oder Beweggrundes, um dessen willen der Entschluß zur That gefaßt wurde, schließen die Strafbarkeit nicht aus.

Der mehrfache Inhalt des Artikels, welcher nur darin seinen Einigungspunkt hat, daß durch die in demselben aufgeführten Thatsachen die Strafbarkeit nicht ausgeschlossen werden soll, ist auseinander zu halten.

§. 1. Unkenntniß des Strafgesetzes.

Durch die Unkenntniß des Handelnden über die Strafgesetzwidrigkeit seiner That oder über die Art und Schwere der auf die letztere gesetzten Strafe soll die Zurechnung und Strafbarkeit der That nicht aufgehoben noch gemindert werden. Dieser dem ö. StGB. entnommene [1]) Grundsatz hat seine innere

[1]) [illegible] IX S. 822 (Truch[illegible] — Tarnow; Kleina); Berner, Imputation S 193 [illegible] Neuere Fälle im an[illegible] f. Archiv daselbst S. 817.
Das ö. StGB. hat zwar — im Sinne der Feuerbach'schen Präventions-Theorie — zum Begriffe des rechtswidrigen Vorsatzes „das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit des auf Hervorbringung eines Verbrechens gerichteten Entschlusses" gefordert, Art. 39. Allein nach Art. 71 soll bei einer im GB. für strafbar erklärten Handlung der Thäter mit dem Vorgeben seiner Unwissenheit über das Dasein eines Strafgesetzes nicht gehört werden, wenn nicht Blödsinn, große Dummheit und andere dergleichen Gemüthsfehler dieses Vorgeben rechtfertigen. Vgl. Arnold im Arch. d. KrR. 1843 [illegible] 523. — Daß der Irrthum über die Art und Größe der gedrohten Strafe den rechtswidrigen Vorsatz nicht ausschließe, ist schon Art. 39 Abs. 2 bestimmt.
Der Hauptsatz ist [illegible] in alle späteren Entwürfe übergegangen, in der Fassung, daß die Unwissenheit des Gesetzes allein die Zurechnung nicht ausschließt. — Der Vorbehalt ist schon im Entw. v. 1827 Art. 62 als überflüssig [illegible]gegeben und auch später nicht hergestellt, da Blödsinn und Gemüthskrankheit schon im Allgemeinen als Aufhebungsgründe der Zurechnung gelten. [illegible] z. B. Entw. v. J. 1851 S. 34. Die gegenwärtige Fassung des Prinzipes findet sich zuerst im Entw. v. 1851 [illegible] 69 und ist von da ungeändert in das n. GB. übertragen. Zwar

Art. 70. Unkenntniß des Strafgesetzes.

Rechtfertigung darin, daß der Inhalt der Strafgesetze kein beliebig und willkürlich festgesetzter, sondern dem allgemeinen sittlichen Gewissen und Rechtsbewußtsein der in einer Rechtsgenossenschaft Lebenden entnommener ist, so daß bei jedem, der in einer solchen aufgewachsen ist, — seine geistige Fähigkeit vorausgesetzt, — die Kenntniß desjenigen, was bei Strafe verboten ist, was nicht, angenommen werden darf. Der Gesetzgeber ist demnach berechtigt, die verbindliche Kraft seiner Strafsanktionen unmittelbar und schlechthin an deren Bekanntmachung zu knüpfen und die dadurch begründete Möglichkeit ihrer Kenntnißnahme der letzteren gleich zustellen [2]).

So findet sich auch das strenge Prinzip ohne weitere Milderung in den meisten neueren Gesetzbüchern [3]), während die ältere und neuere Doktrin überwiegend, wenn auch nach verschiedenen Gesichtspunkten, auch einen entschuldbaren Rechtsirrthum statuirt [4]).

Ref. II wollte die ganze Bestimmung gestrichen wissen, weil ihr Inhalt für alle Theile des Rechtes gleiche Geltung habe, und somit nicht in einem besonderen, sondern nur in einem auf das ganze Rechtsleben bezüglichen Gesetze seinen rechten Platz habe. Er drang jedoch mit seinem Vorschlage nicht durch.

[2]) Köstlin, n. Revision §. 159; System §. 113. — Hälschner a. a. O. S. 36. — v. Wächter im Ger.-Saal X VI 1864 S. 65. — Geßler, Ger.-Saal X (1858) S. 216, 307; ders. Dolus (1860) S. 40, 256. — Heinze, Ger.-Saal XIII (1861) S. 97. Verh. II, 1, S. 48.

[3]) Oesterreich. §. 3. Braunschw. §. 31. K. Sächs. StGB. Art. 95. Bad. §. 73. Thüring. Art. 63 Abs. 3. GH. Hessen Art. 41. 66 Ziff. 1.

Ebenso die Preußische GG.: Hälschner S. 35, 169. Goltdammer Archiv VI S. 63; VII S. 279; VIII S. 163.

Milderungen lassen zu: Hannov. Art. 84 Ziff. 6 (verlangt eine unüberwindliche schuldlose Unwissenheit; vgl. Leonhardt I S. 361). Württemb. Art. 99 (behält die völlige Schuldlosigkeit der Gesetzunkunde vor).

Vgl. überh. über die neueren GG.: Köstlin, System S. 383; Geßler, GS. X S. 351.

[4]) Ueber die ältere und neuere gemeinrechtliche Doktrin s. überh.: Heffter, n. Archiv d. KrR. XII S. 130 f., 253 f.; Köstlin, System I S. 377; Hälschner a. a. O. S. 37; Geßler, GS. X S. 228. — Geib, Lehrb. S. 59.

Allgemeines Einverständniß besteht darüber, daß der Unkenntniß über die Art und Schwere der Strafe schlechthin keine Beachtung gebühre. — Was aber den Einfluß des Irrthumes über das Bestehen des Strafverbotes als solchen anlangt, so nahm die ältere Doktrin die Nichtentschuldbarkeit desselben als Regel an, ließ jedoch eine Reihe von Ausnahmen in verschiedenem Umfange zu, hiebei meist an den Unterschied der *delicta juris gentium*

Im Einzelnen ist anzumerken:

1) Rechtsunkenntniß im Sinne des Art. 70 [5]) ist nicht nur dann gegeben, wenn der Thäter die Existenz eines auf seine That bezüglichen Strafgesetzes überhaupt nicht gekannt hat, sondern ebenso, wenn er die gesetzlichen Bestimmungen über einzelne Merkmale des Thatbestandes nicht kannte oder mißverstand, endlich auffaßte, oder wenn er aus Unkenntniß oder Mißverständniß der rechtlichen Bestimmungen seine ihm nach ihren faktischen Merkmalen wohl bewußte That für nicht rechtswidrig oder für entschuldigt gehalten hat [6]).

[5]) [illegible] und juris civilis (s. über das röm. R.: Savigny, System III S. 389; Keller, System I S. 478; Wächter im GS. 1864 S. 68) anknüpfend. Bei den delicta juris civilis soll die Berufung auf den Rechtsirrthum zulässig sein und wenn der Irrthum als entschuldbar erscheint, die Strafbarkeit ausschließen oder doch mildern. In der neuesten Doktrin dreht sich die — praktisch wenig bedeutsame — Verschiedenheit der Auffassung hauptsächlich um die prinzipielle Voranstellung des Unterschiedes von verschuldeter und unverschuldeter Rechtsunkenntniß.

Von diesem prinzipiellen Unterschiede gehen aus: Köstlin, System §. 113; Geßler, GS. X S. 329; Geib, Lehrb. §. 59; Heinze, GS. XIII S. 397, — indem sie zugleich die Fälle der unverschuldeten Rechtsunkenntniß auf ein Minimum reduziren. Auch Schwarze, n. Jahrb. f. sächs. Strafr. VI S. 42, und [illegible]enbrüggen, Abhandl. aus dem deutschen StrafR. S. 23, — welche dem Richter ganz freie Hand vindiziren, um im einzelnen Falle nach dem ganzen Sachverhältnisse zu ermessen, ob der Thäter mit der Berufung auf den Rechtsirrthum zu hören sei.

Die strenge Ausschließung der Berücksichtigung des Rechtsirrthumes im Sinne des preuß. und bayer. R. vertheidigen Hälschner a. a. O. S. 36 und Berner, Lehrb. §. 125, Wirkungskreis S. 39.

Daß die einfache Unkenntniß dem Irrthume i. e. S. auch hier völlig gleichstehe, braucht kaum erwähnt zu werden.

[6]) [illegible] B. in irrthümlicher Ausdehnung des Grundsatzes volenti non fit injuria, oder der Zulässigkeit der Nothwehr, z. B. auf Verbalinjurien u. dgl. Hievon wohl zu unterscheiden ist der Irrthum über die thatsächliche Beschaffenheit der Handlung, soweit sie auf rechtlichen Beziehungen und Verhältnissen beruht, z. B. der des Diebstahles Angeklagte hat die entwendete Sache für seine eigene gehalten, der Protestant hält die von Tisch und Bett [illegible] immer geschiedene Frau für vom Bande geschieden u. dgl. In solchen Fällen liegt kein Rechtsirrthum, sondern ein thatsächlicher Irrthum vor; dem Thäter sind die thatsächlichen Merkmale seiner Handlung nicht bekannt gewesen. S. oben S. 474.

Der Gesichtspunkt des Rechtsirrthumes nach Art. 70 tritt nur dann ein, wenn dem Thäter die wesentlichen Merkmale seiner Handlung nach [illegible]

sich ausnahmslos auf alle

2) Die Bestimmung des Art. 70 bezieht Verbrechen, Vergehen, Rechtsübertretungen [7]);

3) auf Ausländer, soweit sie unseren Strafgesetzen unterliegen, wie auf Inländer [8]);

4) auf dolose wie auf fahrlässige Rechtsverletzungen, auf letztere um so viel mehr, als die Fahrlässigkeit ohnehin das Bewußtsein der Strafbarkeit des Thuns ausschließt.

5) Durch die gesetzliche Bestimmung soll der Berufung auf Rechtsunkenntniß alle und jede Wirkung abgeschnitten sein. Sie kann also auch nicht zu einer Strafmilderung [9]) oder zur bloßen Zurechnung zur Fahrlässigkeit führen. — Wie weit der Strafrichter bei der Strafzumessung den vorgeschützten Rechtsirrthum berücksichtigen wolle, ist seinem Ermessen überlassen.

§. 2. Forts. Rechtswahn. Motiv; Zweck des Verbrechens.

1) Durch die Meinung, als ob die durch das Gesetz verbotene Hand-

---

ihrer faktischen und rechtlichen Beschaffenheit bei der That vollkommen bekannt waren, er aber nicht gewußt hat, daß die so beschaffene Handlung unter ein Strafgesetz fällt, überhaupt strafbar ist.

[7]) Das preuß. StGB. hat auch bei Polizeiübertretungen die Berufung auf Rechtsunkenntniß schlechtbin ausgeschlossen. Hälschner a. a. O. S. 37; Goltdammer, Archiv II S. 709. — Das bayer. PolizeiStGB. unterscheidet richtiger Polizeistrafvorschriften, welche in einem Gesetze oder in einer landesherrlichen Verordnung ergangen, und solche, welche in den Erlassen einer Orts-, Distrikts- oder Oberpolizeibehörde niedergelegt sind, soferne sie durch eigenthümliche Verhältnisse und spezielle Veranlassungen herbeigeführt wurden. Bei den ersteren ist die Berufung auf Rechtsunkenntniß nicht zugelassen, bei den anderen führt die vollkommen entschuldbare Rechtsunwissenheit zu Straflosigkeit, bei nicht genügender Entschuldbarkeit kann der Richter eine geringere Geldstrafe aussprechen. S. Edel, Kommentar S. 124.

[8]) Ueber die den Ausländern nach allgemeinen Grundsätzen gebührenden Rücksichten: Birnbaum im n. Arch. d. KrR. XI S. 318; Heffter das. XII S. 268. — Eine besondere gesetzliche Berücksichtigung findet sich im Hannov. StGB. Art 84 Ziff. 6.

[9]) Vorausgesetzt natürlich, daß nicht ein wirklicher gesetzlicher Strafmilderungsgrund konkurrirt.

S. Motive z. d. Entw. v. J. 1853 S. 251 und die Verh. d. GGA. zu dem betr. Art., aus welchen hervorgeht, daß der Thäter mit dem Einwande, er habe das Gesetz trotz dessen gesetzlicher Publikation nicht gekannt, überall nicht gehört werden soll. GGA. II, 1, S. 199 (Ref. und Dr. Barth).

Vgl. auch Breidenbach, Komm. 1 S. 559.

lung nach dem Gewissen oder der Religion erlaubt gewesen sei, soll die Strafbarkeit nicht ausgeschlossen werden [10]). Durch diese ausdrückliche Bestimmung der Geltendmachung des sog. Rechtswahnes sowie des sittlichen und religiösen Wahnes auf dem Felde der juristischen Zurechnung entgegen zu treten, hatte der Gesetzgeber nur zu gegründete Veranlassung, indem sich die Fälle immer wieder von Neuem wiederholen, in welchen das vollkommen zurechnungsfähige Subjekt seinen Rechtsbruch dadurch zu beschönigen sucht, daß es allgemeine Rechtswahrheiten durch sophistische Deutung mißbraucht [11]), oder daß es sich durch vermeintliche höhere sittliche oder religiöse Gebote von der Beobachtung der Vorschriften des Rechtes entbunden glaubt, oder daß es in den Forderungen des sog. öffentlichen Wohles eine Rechtfertigung für sein Verbrechen findet [12]). Solchem Wahn, — auch wenn er bis zur Schwärmerei oder zum Fanatismus gesteigert ist, — kann für sich allein, soferne er nicht als Produkt einer ausgebildeten Seelenstörung sich darstellt, oder nicht ein Zustand geminderter Zurechnung oder ein anderer gesetzlicher Strafmilderungsgrund gegeben ist, — weder ein strafaufhebender noch ein strafmildernder Einfluß eingeräumt werden. Vielmehr fügt das Subjekt durch die Mißachtung und Verfälschung der jeder individuellen Willkür entrückten Gebote des Rechtes und der Sittlichkeit zu der juristischen Verschuldung noch eine schwere sittliche und religiöse Versündigung; durch die letztere kann die erstere nur verstärkt, nicht aufgehoben oder gemindert werden [13]).

2) Daß endlich auch weder „die Beschaffenheit des Beweggrundes oder Endzweckes der verbrecherischen Handlung" einen Einfluß auf die Zurechnung ausübe, gehört zu den unbestrittensten Rechtswahr-

---

[10]) StGB. v. J. 1813 Art. 39 Abs. 2: „Dabei schließt weder die Meinung, was unter bürgerlicher Strafe verboten ist, sei nach dem Gewissen oder der Religion erlaubt gewesen, — noch die Beschaffenheit des Endzweckes oder Beweggrundes, um dessentwillen der Entschluß zum Verbrechen gefaßt worden, den rechtswidrigen Vorsatz aus." — Anm I S. 141. — Fast wörtlich ebenso Hannov. Art. 41 Abs. 2; Bad. §. 74; Braunschw. §. 31; Thüring. Art. 6 Abs. 3; Sächs. StGB. Art. 90. — Die jetzige Fassung kömmt zuerst im Entw. v. 1851 Art. 69 vor.

[11]) Z. B. die Grundsätze über Nothwehr; vgl. Feuerbach's Darstell. merkw. Verbr. II S. 86, 141.

[12]) Beachtenswerth aus der ä. Praxis ist die Erörterung Jarcke's über den von C. L. Sand an Kotzebue begangenen Meuchelmord, in Hitzig's Annalen der deutschen u. ausländ. Kriminalrechtspflege, Heft 11—13, auch in einer Ueberarbeitung als selbständige Schrift, 1831.

[13]) Hegel, Rechtsphilosophie §. 140. — Köstlin, n. Revision S. 609.

heiten[14]). Auch ein zu einem an sich löblichen Endzwecke, aus einem an sich sittlich nicht verwerflichen Motive verübtes Verbrechen bleibt Verbrechen; das Strafgesetz hat absolut bindende Kraft, es prägt der ihm widerstrebenden vorsätzlichen Handlung den strafbaren Charakter so unabänderlich ein, daß kein Beweggrund und kein Endzweck gedacht werden kann, welcher der verbrecherischen Handlung diese Eigenschaft abzustreifen oder auch nur die Schwere derselben zu mildern im Stande wäre[15]).

Art. 71.

Der Befehl zur Begehung einer strafbaren Handlung macht den Thäter nicht straflos. Befehl.

Hat jedoch ein Beamter oder öffentlicher Diener innerhalb seines Geschäftskreises und in der gehörigen Form seinem dienstlich Untergebenen eine Handlung befohlen, welche nach den bestehenden Gesetzen strafbar ist, und hat der letztere diesen Befehl vollzogen, so ist der Untergebene dann straflos, wenn die Handlung blos einen Mißbrauch oder eine Ueberschreitung der Amtsgewalt oder nur eine Verletzung der Amtspflicht des Vorgesetzten enthält.

In allen Fällen bleibt derjenige, welcher den Befehl ertheilt hat, strafrechtlich verantwortlich.

§. 1. Entstehung des Artikels.

Den Einfluß des Befehles auf Schuld und Strafbarkeit gegenüber der prinziplosen und schwankenden älteren Doktrin[1]) und Gesetzgebung[2]) zuerst

---

[14]) S. oben Note 2 und 4.

[15]) Köstlin (n. Revision S. 611) mahnt den Kriminalisten, auf diese Formen aufmerksam zu sein, „als sich das Publikum aus des Bösen um so mehr Mitleid, aus Ungunst gegen die Justiz, aus Eitelkeit die Sache besser zu verstehen, und aus sonstigen Gründen sehr gerne an solche Vorspiegelungen hält und sich zu Advokaten der Missethäter aufwirft, weil sie ja doch nicht das Böse um des Bösen willen, sondern irgend etwas Gutes gewollt haben."

[1]) Die ältere Literatur s. bei Köstlin, N. Rev. I S. 664; System I S. 11—13. — Geib, Lehrb. S. 219. 220.

[2]) Vgl. beispielsweise den Cod. Max. bav. crim. Thl. I cap. 1 §. 32; allg. Preuß. LR Tit. 20 §. 69. und Goltdammer's Materialien z. Preuß. StGB. I S. 375.

auf einfache und klare Grundsätze zurückgeführt zu haben, ist das Verdienst des bayer. StGB. v. J. 1813 [3]).

Die Regel ist, daß der vorausgegangene Befehl zur Vollbringung einer strafbaren Handlung die Vollziehung der letzteren nicht straflos macht. Eine Ausnahme hievon begründet das dienstliche Unterordnungsverhältniß. Hat der Untergebene einen dienstlichen Befehl seines Vorgesetzten, welcher eine Rechtsverletzung in sich schließt, vollzogen, so ist er straflos; die strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Befehl ist auf den Vorgesetzten beschränkt, welcher ihn ertheilt hat.

Der Grund der Ausnahme liegt, wie die Anm. z. StGB. I S. 305 sagen, in der dem Untergebenen gegenüber den dienstlichen Befehlen des Oberen obliegenden Pflicht zum Gehorsam. Der Untergebene kann sich der Pflicht des Gehorsams nicht durch die Einrede der materiellen Unrechtmäßigkeit des empfangenen Befehles entziehen. Soweit aber die Pflicht des Gehorsams reicht, soweit muß auch die Straflosigkeit des Vollziehenden anerkannt werden, da der letztere soweit lediglich als Werkzeug des Vorgesetzten in Betracht kommt. —

Mit diesen Sätzen ist das ä. StGB. das Vorbild sowohl für die späteren bayerischen Entwürfe als auch für die nachfolgende deutsche Gesetzgebung geworden [4]). Die vorgeschlagenen, bezw. eingestellten Aenderungen bezwecken nur theils schärfere Gränzbestimmung, theils vereinfachte Fassung.

---

[3]) Art. 122: „Der bloße Befehl zur Begehung eines Verbrechens entschuldigt den Vollbringer nicht von Strafe. Wenn aber ein Staatsbeamter oder eine öffentliche Behörde ihren untergebenen Beamten, Dienern oder untergeordneten Behörden eine solche Handlung befohlen hat, welche bloß als Mißbrauch, Ueberschreitung oder Verletzung der Amtspflichten straffällig ist, so wird nur der befehlende Theil verantwortlich, nicht der gehorchende."

[4]) Vgl. Hannov. StGB. Art. 85; Hess. Art. 40; Thür. Art. 66, 317; Württemb. Art. 403; Braunschw. §. 251. Die letzteren drei GB. geben die Bestimmung im Zusammenhange mit den Amtsdelikten. — Das k. Sächs. StGB. Art. 94 macht es zur Bedingung der Straflosigkeit, daß „die Gesetzwidrigkeit des Befehles dem Untergebenen nicht sofort in die Augen fiel". — Das Preuß. StGB hat so wenig besondere Bestimmungen als das franz StGB. Man wollte dort nicht in Verhältnisse übergreifen, welche die StrafGG. nicht zu regeln habe, indem es sich nur nach staatsrechtlichen Gründen beurtheilen lasse, wie weit die Amtsbefugniß gehe.

Ueber die gleichfalls einverstandene neue Doktrin: Köstlin, N. Revis. S. 664; System I S. 11. — Berner, Theilnahme S. 281. — Abegg, Lehrb. §. 105; Untersuch. S. 96. — Luden, Abh. II S. 511. — Geib, Lehrb. S. 219.

So hat der Entw. v. J. 1831 Art. 92 als weiteres Merk[illegible] nommen, daß die Ertheilung des Befehles „innerhalb der Gränzen [illegible] schäftskreises des Befehlenden und in der gesetzlichen Form stattgeh[illegible]. Der Entw. v. J. 1851 Art. 70 und der v. J. 18[illegible] behielten dieses Kriterium bei, faßten nach ihrer Bezeichnung des erfo[illegible] Inhaltes des Befehles kürzer dahin aber die die Handlung [illegible] gemeines Verbrechen enthalten dürfe“ [5]).

In den Berathungen der GGA. boten [illegible] zipe keinen Anlaß zu Bedenken. Lediglich [illegible] wollte man die Kriterien für den straflos machenden [illegible] zugleich die Strafbarkeit des Vorgesetzten, von welch[illegible] Befehl ausgegangen, ausdrücklich aussprechen. So [illegible] zur Reproduktion der Fassung des Entw. v. 1831 [6]) [illegible] lichen Abweichung, daß die in dem Befehle enthaltene [illegible] pflicht“ dem „Mißbrauche oder der Ueberschreitung der [illegible] Amtsgewalt) gleichgestellt, und daß die ausdrückliche [illegible] letzung der Amtspflicht auf den Vorgesetzten aufgen[illegible] [7]).

§. 2. Zu Art. 71 Abs. 1. [8])

Der Befehl bringt nur in jenen Fällen gänzlich [illegible] wo auf der einen Seite das Recht zu befehlen, au[illegible] bindlichkeit, unbedingt zu gehorchen, vorhanden ist. [illegible] verhältniß ist in seiner ganzen Stärke außer dem Amt[illegible] Unterordnung der verschiedenen Behörden und des [illegible] vorhanden. Mag auch zwischen Eltern und Kindern, [illegible]

---

[5]) — — „Wenn jedoch ein öffentlicher Beamte innerh[illegible] und in der gehörigen Form seinem dienstlich Unterge[illegible] fohlen hat, welche nicht ein gemeines Verbrechen ent[illegible] welcher den Befehl vollzieht, nicht verantwortlich.“

[6]) Art. 92: „Der blose Befehl zur Begehung einer [illegible] den Vollbringer nicht straflos. Wenn aber [illegible] öffentliche Behörde innerhalb der Gränzen ihres [illegible] untergebenen Beamten, Dienern [illegible] lichen Form ihren untergebenen Beamten, Dienern [illegible] hörden solche Handlungen befohlen hat, welche [illegible] Ueberschreitung der Amtspflicht strafbar ist, so wird nur der befehlende [illegible] verantwortlich, nicht der gehorchende.“

[7]) Verh. II, 1, S. 49 (Ref.); S. 211. — Verh. II, 2 (18[illegible]) S. 136; Beil.-Bd. III S. 12.

[8]) Vgl. zu Art. 71: Hocheder, Komm. S. 203. — [illegible] S. 548. — Weis, Komm. [illegible] 348. — Stenglein, Komm. [illegible]

und Pflegebefohlenen, zwischen Erziehern und den ihrer Leitung anbefohlenen Personen eine Unterwürfigkeit und eine Pflicht zum Gehorsam bestehen, welche die Strafbarkeit einer auf Befehl solcher Personen unternommenen Handlung sehr mindert, welche den Befehlenden als Verführer, den Gehorchenden als Verführten darstellt; gänzliche Schuldlosigkeit tritt bei denselben dennoch keineswegs ein, weil ihre Pflicht zu gehorchen nicht unbedingt ist, — es wäre denn wegen Zwang oder Drohung [9]) die Handlung schon nach den allgemeinen Bestimmungen straflos [10]).

Und zwar kann der Befehl für sich allein, ohne das Zusammentreffen anderweitiger Umstände, auch keine Strafmilderung begründen. Man kann namentlich nicht annehmen, daß durch einen Befehl, dessen unverbindliche Kraft man kennt, die Fähigkeit der freien Selbstbestimmung in erheblichem Grade gemindert werde [11]).

In solchen und ähnlichen Verhältnissen ist somit der Befehlende, — vorausgesetzt, daß in Folge des Befehles eine strafbare That begangen ist, — als Anstifter, der Vollbringer als Thäter zu beurtheilen [12]).

Eine singuläre Ausnahme von der regelmäßigen Strafbarkeit des Thäters in den bezeichneten Verhältnissen macht das StGB. Art. 345 Abs. 2 hinsichtlich des Feldfrevels, [13]) indem hier die strafrechtliche Haftung auf den Anordnenden beschränkt, nicht aber auf den ausführenden Familienangehörigen, Dienstboten u. s. w. erstreckt ist; ferner hinsichtlich der strafbaren Uebertretung solcher polizeilicher Vorschriften, für deren Beobachtung im Sinne des Gesetzes das Familienhaupt, der Hausherr, Dienstherr u. s. w. zu sorgen haben [14]). Denn hier handelt der Thäter in den meisten Fällen in gutem Glauben auf die Autorität des Anordnenden, er ist nicht leicht

---

[9]) Um diese selbstverständliche Beschränkung der Regel noch stärker hervorzuheben, war vorgeschlagen zu sagen: „Der bloße Befehl." Allein der Befehl als solcher ohne weitere Bezeichnung ist von selbst „bloßer Befehl".

[10]) Anm. z. StGB. v. 1813, I S. 305.

[11]) Vgl. oben S. 459. — Nach röm. R. sollte im Verhältnisse der väterlichen Gewalt und der Dienstherrschaft bei geringeren Vergehen der Befehl straflos machen. L. 11 §. 4 D. de his qui not. (3, 2). — L. 4, 157 pr. D. de reg. jur. (50, 17). — L. 20 D. de O. et A. (44, 7). — L. 17 §. 7 D. de inj. (47, 10). — Köstlin, System: I S. 11.

[12]) S. oben S. 303.

[13]) Bei Forstfreveln gilt dieß nicht; hier ist der Anstifter wie der Thäter jeder selbständig mit der vollen Strafe zu belegen, Art. 55, 68. — Ebensowenig gilt etwas Aehnliches bei dem Feldsdiebstahle u. dgl.

[14]) Edel, Komm. z. d. PolizeiStGB. S. 103.

Art. 71. Befehl als Strafaufhebungsgrund, zu erm...

in der Lage, die Unerlaubtheit der anbefohlenen Handlung ... noch weniger den Vollzug der Anordnung zu verweigern.

§. 3. Zu Art. 71 Abs. 2.

Der Inhalt dieses Abs. läßt sich dahin ... untergebene, welcher einen Befehl seines Vorgesetzten ... eine Rechtsverletzung bewirkt hat, von Schuld ... wenn der Befehl als ein dienstlicher ertheilt wurde, ... lassung solcher Befehle vermöge seiner Amtsgewalt ... tigt ist, und in der Vollziehung nicht eine selbständige ... pflicht des Untergebenen enthalten ist [15].

Das dieser Ausnahme zu Grunde liegende Princip ... gesprochen. „Im Staatsdienste, sagen die Anm. z. ... S. 306, ist die Verbindlichkeit zum Gehorsam gegen ... ten höheren Stelle in wahren Amtssachen unbedingt, ... Verantwortlichkeit auf dem Befehlenden; wer bloß ... Werkzeug der höheren Triebfeder zu betrachten, fol... wortlichkeit und Strafbarkeit frei" [16]. — ...

Die zur schärferen Abgränzung der Straflosigkeit ... Kriterien [17] beziehen sich 1) auf die ... gebenen aufgestellten Befehles, 2) theils auf die ausgef... der Ertheilung des Befehles, ... und von den Untergebenen dafür, daß im In... Befehle geforderten ... Gewähr dafür, daß zur Betritt... geben einerseits hinreichende Vorwände zur ... welche Dienstes dem Untergebenen jene ... werden, während ihm ... lassung dienstlicher Befehle abgeschnitten ... einer ... Verantwortlichkeit entnehmen könnte, ... lichkeit entzogen ist, sich zur Entschuldigung ... brecherischen Willen ausgeführten Rechtsverletzung ... rechtswidrige Befehle zu berufen.

Im Einzelnen sind die Kriterien des ... folgende:

1) Der Befehl muß von einem Beamten ... ner an seinen dienstlich Untergebenen ergangen sein.

---

15) Vgl. den noch einfacheren Ausdruck des Satzes im PolizeiStGB. Art. ...

16) Ref. II erklärte ausdrücklich, mit seinen Redaktionsvorschlägen auf das StGB. zurückgehen zu wollen. Verh. II, 1 S. 381.

17) Vgl. W. Brauer, der dienstliche Befehl zum Verbrechen als Grund der Straflosigkeit, im Ger.-Saal 1858 ... a. a. O.

Ueber das Verhältniß dienstlicher Unterordnung ist die Organisation des öffentlichen Dienstes nach seinen einzelnen Zweigen maßgebend, worauf hier nicht näher einzugehen ist. —

Neben dem Beamten ist der öffentliche Diener als Urheber dienstlicher Befehle in der Rücksicht ausdrücklich erwähnt, weil es öffentliche Diener gibt, welche selbst wieder ihre Untergebenen haben, welchen sie Befehle zu ertheilen befugt sind [18]). —

Daß unter dem vorgesetzten Beamten auch die vorgesetzte Behörde, unter dem Untergebenen auch die untergeordnete Behörde verstanden ist, braucht kaum erwähnt zu werden. Ebensowenig, daß ein zum Gehorsam verpflichtendes Dienstverhältniß ebenso wie unter den Beamten und öffentlichen Dienern des Staates auch unter den Beamten u. s. w. der Gemeinden, der öffentlichen Korporationen, der öffentlichen Stiftungen, sowie bei allen jenen besteht, welche mit den Verrichtungen eines solchen Beamten oder öffentlichen Dieners vorübergehend oder ständig betraut und also mit der Befugniß zu befehlen bekleidet sind.

2) Die Ertheilung des Befehles muß innerhalb des amtlichen (bezw. dienstlichen) Geschäftskreises oder der Kompetenz des Vorgesetzten gelegen sein.

Der Vorgesetzte muß vermöge seiner Amtsgewalt zur Erlassung der fraglichen Anordnung im Allgemeinen (in abstracto) ermächtigt sein, was nach dem Inhalte seines Amtes zu beurtheilen ist [19]); der Befehl darf keinen Uebergriff in einen fremden amtlichen Wirkungskreis, in einen fremden Amtssprengel enthalten [20]). Denn solche Befehle tragen den Mangel der verbindlichen Kraft gleichsam an der Stirne.

3) Der Befehl muß in der gehörigen Form ertheilt sein. — Der formlose mündliche Befehl in Beziehung auf Verhältnisse, wo ein schriftlicher Befehl vorgeschrieben ist, ist für den Untergebenen nicht verbindlich; es liegt für ihn hier einfach ein Befehl nicht vor.

Welche Befehle eine besondere Form erheischen, ist nach den betreffenden

---

18) Wie z. B. der Geri[illegible] der Polizeirottmeister den ihm untergebenen Polizeidienern, oder [illegible]diener seinen Gehilfen u. dgl.

19) Der Polizeibeamte, welchem die Arretirung eines Offiziers aufgetragen wird, kann sich nicht mit dem ihm dazu gewordenen Befehle entschuldigen, wenn Offiziere gesetzlich nur von den Militärbehörden festgenommen werden dürfen und der Civilobrigkeit gar nicht unterstehen. — Brauer a. a. O. S. 38[illegible].

20) Z. B. der Befehl des Untersuchungsrichters, in einem fremden Amtsbezirke eine Verhaftung vorzunehmen.

Gesetzen zu beurtheilen. Hervorzuheben ist das Erforderniß der [illegible] Form für die Befehle zur Vornahme einer Verhaftung, [illegible] pfändung und Hilfsvollstreckung (für die Aufforderung an das [illegible] Einschreitung behufs Erhaltung der innern Sicherheit und [illegible] u. s. w. [21]).

Soweit keine besondere Form vorgeschrieben ist, reicht selbst[illegible] auch der mündliche Befehl hin, um den Vollziehenden außer Verant[illegible] zu setzen.

4) Die befohlene Handlung darf „blos als Mißbrauch [illegible] Ueberschreitung der Amtsgewalt oder als [illegible] Amtspflicht des Vorgesetzten strafbar sein.“ [22]

Ueber den Sinn und die Tragweite dieses [illegible] menen Kriteriums kann nach der Entstehungsgeschichte [illegible] den Erklärungen in den Verhandlungen der GGA. [illegible]

Die von dem Vorgesetzten befohlene strafbare Handlung [illegible] „blos als Mißbrauch der Amtsgewalt“ dar, wenn [illegible] gemeinen zur Anordnung solcher Eingriffe in eine [illegible] fugt ist, im gegebenen Falle aber der Befehl als [illegible] rechtswidriger erscheint;

„blos als Ueberschreitung der Amtsgewalt“, wenn [illegible] der Befehl, wenn der Vorgesetzte die in seinem Amte [illegible] walten über die ihm gesteckten Gränzen ausdehnt;

„nur eine Verletzung der Amtspflicht desselben [illegible] Befehle, wenn der Beamte durch Erlassung [illegible] durch sein Amt auferlegten Pflichten verletzt.

---

[21]) Der Kassabeamte, welcher nur mit der Unterschrift [illegible] sehene Dekreturen honoriren darf, kann sich der [illegible] gegen seinen Vorgesetzten die nur [illegible] er in Deferenz gegen Vollzug setzt. — Brauer [illegible] sehene Anweisung in Vollzug [illegible]

[22]) Diese dem ö. StGB. entlehnte Fassung erhielt [illegible] Entw. v. J. 1851 [illegible] vor der Ausdrucksweise der [illegible] „Verbrechen“ bilden dürfe, [illegible] nicht „ein gemeines Verbrechen“ und wohl auch darunter [illegible] im Gesetzbuche definirt [illegible] Ref. II, 1, S. 211 [illegible] Verbrechen verstanden sei.

Indem nunmehr das Merkmal u. Nr. 4 mit dem Erforderniß [illegible] Befehl innerhalb des dienstlichen Geschäftskreises des Befehlenden [illegible] sein müsse, verbunden ist, ergibt sich eine Tautologie. [illegible] des dienstlichen Geschäftskreises liegende Handlung eine strafbare [illegible] letzung bildet, so kann dies per se seinen Grund nur darin haben, [illegible] sich vom Standpunkte des Befehlenden aus als Mißbrauch oder Ueber[illegible] ung der Amtsgewalt oder als Verletzung der Amtspflicht darstellt [illegible]

sei es auch, daß die sich als Mißbrauch u. [illegible] w. darstellende Rechtsverletzung, wenn sie von einem Nichtbeamten aus[illegible]t, den Thatbestand eines gemeinen Delikts bilden würde[23]). Auch unter der letzteren Voraussetzung enthält das anbefohlene Delikt (immer vorausgesetzt, daß nicht eine selbständige Verletzung der eigenen Dienstpflicht des Untergebenen mit unterläuft) „bloß einen Mißbrauch" u. s. w., weil sich derselbe eben durch die darin liegende Rechtswidrigkeit als solcher qualifizirt, — die in demselben enthaltenen Merkmale eines gemeinen Deliktes somit unmöglich als etwas Selbständiges, neben dem Mißbrauche Bestehendes aufgefaßt werden können[24]).

Die strafbare Handlung des Untergebenen enthält somit nach dieser Richtung dann nicht blos einen Mißbrauch der Amtsgewalt u. s. w.,

a) wenn sie in der Begehung eines gemeinen Verbrechens besteht, welches zu der in der Amtsgewalt enthaltenen allgemeinen Ermächtigung zu Eingriffen in eine fremde Rechtssphäre außer aller Beziehung steht, — zu dessen Bethätigung m. a. W. die Amtsgewalt schlechthin unter keiner Voraussetzung den Beamten ermächtigen kann. Hiebei ist es gleichgiltig, ob der Beamte durch sein Amtsverhältniß zur Erlassung des Befehles veranlaßt wurde oder ob ihm dasselbe einen Vorwand abgegeben und somit in diesem Sinne ein Mißbrauch der Amtsgewalt stattgefunden hat.

Der Befehl des Untersuchungsrichters an den Gerichtsdiener oder Gefangenwärter, den Untersuchungsgefangenen zu vergiften; der Befehl des Kassabeamten an seinen Diener, das Amtslokal in Brand zu stecken, damit das Defizit verborgen bleibe; der Befehl des Polizeibeamten zur Vorführung einer Frauensperson zu ausgesprochenen unerlaubten Zwecken, — entschuldigt den Untergebenen, welcher den Befehl zur Ausführung bringt, in keiner

[23]) So enthält z. B. der Vollzug einer ungerechtfertigten Verhaftung in sich das gemeine Delikt der widerrechtlichen Gefangennehmung; die Amtsuntreue, das der Unterschlagung; der Vollzug eines nicht rechtskräftigen Todesurtheiles, eine Tö[illegible]tung u. s. w.

[24]) Die [illegible] in solchen und ähnlichen Fällen die Strafbarkeit des Vollziehenden [illegible] wollte, weil ja eine solche Handlung vom Standpunkte des Be[illegible]aus nicht blos einen Mißbrauch u. s. w. der Amtsgewalt u. s. w. [illegible] sondern zugleich ein gemeines Delikt, würde den Sinn des Gesetzes [illegible]tig auffassen und müßte in einer Reihe von Fällen, wo der Untergebene den Gehorsam nicht versagen kann, die Verantwortlichkeit und Strafbarkeit desselben annehmen. [illegible]merkung Hocheber's a. a. O. S. 348, daß der Untergebene dann [illegible] Anspruch auf Straflosigkeit habe, wenn in der Handlung neben [illegible] Amtsdelikte zugleich auch ein gemeines Verbrechen enthalten sei, ist hie[illegible] würdigen, bezw. zu verstehen.

Weise, da er nicht den Charakter eines dienstlichen Befehles [illegible] an sich trägt, [illegible]
der Anstiftung zu einem gemeinen Verbrechen [illegible] Befehles vollzogene
völlig unverbindlich ist.

b) Ebensowenig enthält die in Folge [illegible] u. s. w., wenn ist [illegible]
dann „bloß einen Mißbrauch der eigenen Amtsgewalt" [illegible] oder eine Ver[illegible] über den [illegible]
zuge ein Mißbrauch der vollziehenden Dienstbefugniß [illegible]
eigenen Pflichten des Vollziehenden enthalten ist.

In den Berathungen des Gesetzgebungs-Ausschusses [illegible] 1853 [25]) war dieser Punkt bestritten.

Während von der einen Seite [26]) die Str[illegible] behauptet wurde, wenn er durch Vollziehung des [illegible] verletze, gegen seine eigene Instruktion und Eid [illegible] deren Seite [27]) geltend gemacht, daß man dem [illegible] Grund seiner eigenen Dienstesinstruktion ein Recht [illegible] und Rechtsbeständigkeit der Befehle seiner Vorgesetzten [illegible] man ihn daher schlechthin außer Verantwortung setzen [illegible] ausgeführte Handlung kein gemeines Verbrechen en[illegible]

Durch die Fassung des Entwurfes v. J. 186[illegible] des Gesetzbuches, wonach zur Straflosigkeit des Unt[illegible] daß die Handlung „bloß einen Mißbrauch oder [illegible] Amtsgewalt oder nur eine Verletzung der Amtspf[illegible] enthalte," — ist indeß die Frage in dem strengeren rechtse[illegible] der Vollziehende strafbar bleibt, wenn die [illegible] in sich schli[illegible] Verletzung seiner eigenen Dienstespflichten [illegible]

---

25) Verh. II, 1. S. 211.
26) Edel a. a. O.
27) Weis und Regierungskommissär. — Verh. [illegible]
28) S. auch Hocheder, Komm. S. 349. — [illegible] Beil.-Bd. II S. 136; III S. [illegible] Abg. v. 1859/60 [illegible] b. d. StGB. I S. 306. —

Demgemäß kann sich der Gefängnißwärter, [illegible] ungsrichters den Gefangenen mißhandelt, mit der [illegible] auf Befehl des Unter[illegible] jene Handlung seiner eigenen Dienstpflicht [illegible] dem Befehle nicht bedarf. [illegible] Protokollführer, welcher auf Geheiß des Richters [illegible] widerläuft. Ebensowenig [illegible] nimmt, der Registrator, der auf Befehl des Vorgesetzten eine ihm [illegible] Urkunde fälscht u. s. w.

Ueber den Befehl in militärischen Dienstverhältnissen: [illegible] S. 392. — Die militärischen Dienstesvorschriften für das [illegible] Art. 435, 498 fordern ausnahmslos den strengen Gehorsam.

33*

Soweit nach dem Bisherigen die strafla[illegible] machenden Wirkungen des Befehles gegeben sind, ist die Straflosigkeit [illegible]es Vollziehenden nicht weiter durch dessen subjektives Verhältniß zu dem [illegible]efehle bedingt. Es ist ohne weiteren Belang, ob die materielle Rechtswidr[illegible]gkeit des Befehles dem Untergebenen bewußt war oder nicht, ob er sie bei genauerer Prüfung und Aufmerksamkeit hätte zu erkennen vermocht, oder nicht. Denn jene Voraussetzungen sind vom Gesetze rein objektiv auf gewisse Merkmale des Befehles und der durch diesen veranlaßten Handlung gestellt. Nicht die Entschuldbarkeit des Irrthumes des Vollziehenden über die Rechtswidrigkeit des Befehles ist das entscheidende Moment [29]), sondern die Pflicht des Gehorsams, welche ihn zum Vollzuge des Befehles verbindet, und daher auch von der Verantwortlichkeit für die Rechtmäßigkeit desselben befreien muß [30]).

§. 4. Fortsetzung. Unterthanenverhältniß.

Eine Pflicht zum Gehorsam innerhalb der verfassungsmäßigen und gesetzlichen Gränzen besteht, abgesehen von dem dienstlichen Subordinationsverhältnisse, auch in dem Verhältnisse der Unterthanen zur Obrigkeit, soferne letztere berechtigt ist, unter gewissen Voraussetzungen den Bürgern die Vornahme von Handlungen oder die Theilnahme an solchen anzubefehlen [31]).

Beispielsweise sei die Verpflichtung der Staatsangehörigen erwähnt, die durch den Richter angeordnete Nacheile oder den Vollzug von Steckbriefen gegen einen flüchtigen Verbrecher hilfreich zu unterstützen, und somit auch die ihm in dieser Richtung ertheilten Weisungen zu vollziehen [32]).

---

29) Wenn Brauer a. a. O. hierauf das Kriterium für die Straflosigkeit des Untergebenen im Civildienste stellt, weil es hier keine strenge Subordination gebe, vielmehr dem Untergebenen Recht und Pflicht der materiellen Prüfung der Gese[illegible]äßigkeit des empfangenen Befehles zustehe, — so ist dieses der Intention der bayer. Gesetzgebung ganz zuwider, wie die Anm. z. d. ä. GB. und die [illegible]ußerungen in den Ges.-Geb.-Aussch. darthun

30) Nach den besonderen Dienstesverhältnisse ist es daher auch zu bemessen, ob dem Unt[illegible]eordneten die Pflicht und Befugniß obliege, gegen rechtswidrige Befehle d[illegible] Vorgesetzten zu remonstriren, und weiteren Bescheid abzuwarten, — so daß [illegible] pflichtwidrig handelt, wenn er ohne vorgängigen Bericht solchen Befehl v[illegible]zieht. Vgl. Anm. z. d. ä. StGB. I S. 306, 307, und Breidenbach, K[illegible]mment. I S. 550. Auch Brauer a. a. O. S. 389.

31) StGB. Art. 413, 416. — Vgl. Breidenbach, Komm. I S. 549.

32) Vgl. [illegible]ayer. Verf.-R S. 86: „Die Staatsangehörigen haben die Pflicht des Ge[illegible]rsams gegen die Verfügungen der Staatsregierung und der von ihr eingesetzt[illegible] Behörden, der richterlichen wie der Verwaltungsbehörden, soferne die Ver[illegible]ungen von der zuständigen Behörde in gehöriger Form erlassen

Enthält ein solcher Amtsbefehl und dessen Ausführung [illegible]
Rechtswidrigkeit, eine Ueberschreitung oder einen Mißbrauch der
oder eine Verletzung der Amtspflichten, und stellt die anbefohlene
nicht lediglich ein gemeines Verbrechen dar (s. oben S. 308), so
Verantwortlichkeit aus denselben Gründen bei dem Dienst[illegible]
den Befehlgeber beschränkt sein; die Pflicht zum Gehorsam muß
die Straflosigkeit des Befehlempfängers in sich ziehen 33).

§. 5. Fortsetzung. Zu Art. 71 [illegible]

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Befehlgebers [illegible]
je nachdem der Befehlvollzieher nach Maßgabe des [illegible]
straflos oder selbst strafbar ist.

Im letzteren Falle ist der Befehlgeber als Theilnehmer
nach Art. 54 Ziff. 1, im ersteren ist er als unmittelbarer
Thäter des Deliktes nach Art. 52 Abs. 1 strafbar [illegible]

Wenn in den Verh. des GGA. II behauptet [illegible]
welcher eine durch die Strafgesetze verbotene Handlung [illegible]
befohlen, immer als Theilnehmer dieser strafbaren [illegible]
sei 35), so ist hierauf kein Gewicht zu legen. D[illegible]
dem Systeme des StGB. über die Theilnahme im [illegible]
den Verh. des GGA. II selbst berichtigt worden, [illegible]
führt ist 36), daß in allen Fällen, wo dem Anstif[illegible]

---

sind und nicht eine Verletzung sittlicher oder religiö[illegible]
Anm. z. d. StGB. III S. 47. 58 f.

33) A. M. Weis, Verh. II, 1, S. 211, „weil der [illegible]
Gehorsam schuldig, ja den Gehorsam zu weigern [illegible] eine
von einer Obrigkeit befohlene Handlung [illegible]
enthalte." — Ebenso Hocheder S. 347.

Diese Bemerkung kann auf Amtsbefehle, zu [illegible]
unzweifelhaft und notorisch der Beamte befugt [illegible]
heit nach einen ungesäumten Vollzug erheisch[illegible]
spielen) keine Anwendung finden.

34) S. oben S. 303 f.

35) Ref. II, 1, S. 211.

36) Ebel das. S. 212. — Es wurde daher auch [illegible]
Fassung: „In allen Fällen ist jener Beamte, der den Befehl ertheilt hat, [illegible]
Theilnehmer im Sinne des Art. 52 Ziff. 1) zu bestrafen" [illegible]
geben und die jetzige Fassung [illegible]
Note.

Thäter zur Seite steht, wo ein Mensch sich des anderen nur als Werkzeug bedient, der Anstifter als alleiniger Urheber des von ihm mittelst des Werkzeuges ausgeführten Verbrechens zu betrachten sei.

Art. 72.

Nothwehr.

Wer, um sich oder Andere gegen einen bereits begonnenen oder unmittelbar drohenden rechtswidrigen und gewaltthätigen Angriff auf Person, Besitz oder Eigenthum oder gegen widerrechtliches Eindringen in eine Wohnung oder ein Besitzthum zu schützen, den Angreifer oder Eindringling tödtet oder verletzt oder überhaupt eine mit Strafe bedrohte Handlung verübt, ist straflos, insoferne er hiebei die Grenzen der Vertheidigung nicht schuldhaft überschritten hat.

Das Nämliche gilt von demjenigen, der auf der Stelle den widerrechtlich Eingedrungenen wieder zu vertreiben, oder von dem auf der That betroffenen oder auf der Flucht begriffenen Räuber, Diebe oder anderen Angreifer den widerrechtlich entzogenen Besitz beweglicher Sachen wieder zu erlangen sucht.

Die Ueberschreitung der Grenzen der Vertheidigung ist als schuldhaft nicht zu erachten, wenn der Thäter nur aus Ueberraschung, Bestürzung, Furcht oder Schrecken jene Ueberschreitung begangen hat.

Art. 73.

Wenn durch den Richter der That entschieden ist, daß der Thäter in Nothwehr gehandelt und nur die Grenzen derselben schuldhaft überschritten hat, so ist die auf die That gesetzte ordentliche Strafe nach Maßgabe der Bestimmungen des Art. 68 herabzusetzen.

---

1. Einleitung. Geschichtlicher Rückblick.

Die Nothwehr hatte schon in dem ä. StGB. Art. 125—136 eine prinzipiell richtige Behandlung gefunden. Das Recht der Selbstvertheidigung

ist als ein allgemeiner Aufhebungsgrund der Zurechnung aner… steht zu gegen jeden rechtswidrigen gegenwärtigen Angriff auf … sphäre der Person, namentlich auch in der Richtung auf Besit… mögen; die zur Abwehr solcher Angriffe dem Angreifer zugefüg… ungen sind straflos, soweit sie nicht über das Vertheidigung… hinausgehen.

Die Durchführung dieser richtigen Grundsätze … Mängeln. Das k. Gesetzbuch gefiel sich auch hier … ungen, welche die richterliche Würdigung des … engen; sodann hat es aus der früher herrschenden … mehrfache Beschränkungen des Nothwehrrechtes … Prinzipe desselben fremd sind, — namentlich … Nothwehrrechtes im einzelnen Falle durch die … soll, dem Angriffe auszuweichen oder ihn sonst auf … schädliche Weise abzuwenden. Endlich sind hinsichtlich … Nothwehr unstatthafte Präsumtionen aufgestellt, … dem Angegriffenen ohne innere Rechtfertigung … Verbindung gebracht.

Das System des GB. ist indeß im Wesentlichen … Entwürfe[2]) übergegangen, und erst dem Entw. … das Verdienst, die Darstellung des Nothwehrrech… und den Exzeß der Nothwehr als allgemeinen M… haben. Die auch in jenem Entw. noch übrig gebli… stimmungen und darin enthaltenen Beschränkungen … vollends zu beseitigen, blieb dem Entw. v. 1853 Art. … er hat im Wesentlichen die Sätze formulirt, welche … Gesetzgebungsausschuß II vorgeschlagenen Verbesse… v. 1860, Art. 73 und 74, und von da in das ne… übergegangen sind.

---

1) Der ältere Cod. jur. bav. crim. hatte im … lichen Jurisprudenz die Nothwehr als einen … aufgeführt, Thl. I Kap. 3 „von Todtschlägen" … beschehenen Todtschlag wird jener gleichgeachtet … Nothwehr begangen und gleichsam abgenöthigt … Entwickelungsgang der Lehre von der Nothwehr … Köstlin an den in Note 4 angef. O.

2) Entw. v. J. 1822 Art. 77 f.; v. J. 1827 …

3) Ref. II, 1, S. 50. — Verh. … der kasuistischen Erörterung …

§. 2. Erörterung der Art. 72 und 73. — Prinzipielles.

Das Recht der Selbstvertheidigung oder der Nothwehr gegen rechtswidrige Angriffe ist von dem StGB. in dem vollen Umfange ungeschmälert anerkannt, in welchem es als ein der freien Persönlichkeit immanentes Recht von der neuesten gemeinrechtlichen Doktrin [4]) postulirt und von der Mehrzahl der neueren Gesetzgebungen sanktionirt ist.

Jeder rechtswidrige Angriff auf die Person und ihre Rechtsattribute darf mit Gewalt abgewehrt werden, und jede zu diesem Zwecke und innerhalb der rechtmäßigen Schranken der Vertheidigung bewirkte Rechtsverletzung ist schuld- und straflos.

Die Voraussetzungen und Erfordernisse der von Schuld und Strafe befreienden, oder der rechten oder ächten Nothwehr beziehen sich somit auf die Beschaffenheit des **Angriffes** wie auf die der **Vertheidigung**. Und zwar ist die Nothwehr zulässig

> gegen alle rechtswidrigen gewaltthätigen Angriffe auf die Person, ihren Besitz oder ihr Eigenthum;

sie rechtfertigt

> jede zur Abwehr des Angriffes verübte Rechtsverletzung, — soferne die rechtmäßigen Gränzen der Vertheidigung [5]) nicht überschritten sind.

Die Erfordernisse der rechten Nothwehr und die rechtlichen Folgen der Ueberschreitung ihrer Gränzen sind nunmehr genauer zu erörtern [6]).

---

[4]) Die gemeinrechtliche Literatur s. bei Geib, Lehrb. II S. 227. — Abegg (Kritik über) die neuere Literatur über die Lehre von der Nothwehr, in der Krit. Vierteljahresschrift I (1859) S. 346. Hervorzuheben sind: Levita, Dr. Jul., das Recht der Nothwehr, 1856. — Köstlin [illegible] n. Revision S. 715; System I §. 28. — Hälschner, Preuß. StrafR. [illegible] S. 243 f. — Zachariä, H. A., Archiv d. KrR. 1841 S. 422. — Berne[illegible] das. 1848 S. 747; Lehrb. §. 86. — (Ueber Zöpfl im Archiv d. KrR. 1[illegible]2 S. 118 vgl. u. a. Hälschner a. a. O. S. 251). — S. noch Geyer [illegible] Abh. aus dem Strafrecht, 1858 S. 137. — Geyer, Lehre von der Nothwehr, 1857. — Wessely, Befugnisse des Nothstandes und der Nothwehr 1862 (beide mit bes. Berücks. d. österreich. R.).

[5]) Der in[illegible]e Unterschied der Nothwehr gegenüber dem Nothstande liegt in der zu jen[illegible] gehörigen Voraussetzung eines rechtswidrigen Angriffes. — In der Nothwehr vertheidigt sich das Recht gegen das angreifende Unrecht. Im Nothstande vertheidigt sich das Recht auf Kosten eines anderen gegenüberstehenden mit ihm kollidirenden Rechtes. S. Berner, Lehrb. §. 86.

[6]) Ueber [illegible] bayer. R. vgl. Hocheder a. a. S. 350 f.; Stenglein, Kommentar [illegible] S. 551—555; Weis, Kommentar S. 205 f.

§. 3. Forts. Erfordernisse der rechten Nothwehr … Beschaffenheit des Angriffes. 1. Richtung desselben …

Seiner Richtung nach ist der rechtswidrige Angriff, welcher … wehr ermächtigt, vom Gesetze bezeichnet

als gewaltthätiger Angriff auf die Person, … Eigenthum.

Gleich steht

das widerrechtliche Eindringen in eine Wohn…

ferner

der Angriff des Diebes auf den Besitz …

Zu diesen einzelnen Richtungen des Angriffes bem… alle, widerrechtlichen Angriffen überhaupt ausgesetzt… lichkeit getroffen sind, bieten sich folgende Bemerkungen…

1) Daß unter den „gewaltthätigen Angriffen auf die Person" nicht nur die Angriffe auf das Leben … grität, sondern ebenso auch die Angriffe auf die per… Keuschheit verstanden sind, ist außer Zweifel 7).

Eine richtige Auffassung des Nothwehrbegriffes … ung der Nothwehr gegen Angriffe auf die Ehre … ung, also auch gegen wörtliche Injurien mit Ein… soferne nach den Umständen eine Verhinderung der… setzung durch Selbsthilfe zu bewirken ist 8). … in Uebereinst…

Unsere Gesetzgebung läßt indeß, … die Nothwehr gegen Inju… neueren Gesetzbüchern 9), …

---

7) Das b. StGB. Art. 129 Ziff. 1 hatte die beid… vorgehoben.

8) Heffter, Lehrb. §. 43 Note 4. — Bern… n. Revision S. 442 … S. 575. — Köstlin, … S. 260. — Geyer … 181. — Hälschner … welche sich nicht als … Bei Verbalinjurien, wird freilich meist die Nothwehr … auffassen lassen, … weil die Rechtsverletzung im Momente vollendet … kein Raum zur Abwehr offen ist. „Warum … manden, der mich auch nur mit Worten injuriren will, … auf den Mund zu schlagen, und … läßt sich hinzufügen — durch einen solchen Schlag … ung der Schmähung zu hindern? …

9) Vgl. Württemb. StGB Art. 102; Hess. 98; Braunschweig 168; …

als sie mit einem gewaltthätigen Angriffe auf die Person verbunden ist [10]).

2) Die Eigenthums- und Besitznothwehr ist von unserem Gesetzbuche in dem vollen, vom Nothwehrprinzipe geheischten Umfange selbständig und ohne das bedingende Moment der Unersetzlichkeit [11]) zugelassen.

Somit vor Allem

a) gegen gewaltthätige Angriffe auf Besitz oder Eigenthum.

Diese Gleichstellung des Besitzes mit dem Eigenthume in Ansehung der Nothwehr bezieht sich zunächst auf den Sachenbesitz, die corporis possessio im w. S. Der juristische Besitzer wie der bloße Inhaber ist zur Abwehr aller die Störung oder Entziehung seines Besitzes oder seiner Innehabung bezweckenden Angriffe berechtigt, ohne daß hiebei auf die causa possessionis etwas ankömmt; auch gegenüber dem besser Berechtigten, also namentlich dem Eigenthümer, kann die Nothwehr des Besitzers oder Innehabers gerechtfertigt sein, soferne der erstere nicht in einem Akte berechtigter Selbsthilfe begriffen ist [12]).

Die Besitznothwehr ist aber auch auf den Quasi- oder Rechtsbesitz zu erstrecken. Auch der Besitz einer Dienstbarkeit, eines Platzrechtes, einer Reallast, eines anderen hinsichtlich des Besitzes analog behandelten Rechtes [13]), soweit eine Störung oder Entziehung durch gewaltthätigen Angriff (durch ein Spolium) denkbar ist, — darf solchem gegenüber durch Selbsthilfe erhalten und geschützt werden. —

Gewaltthätig ist der Angriff auf Besitz oder Eigenthum nicht nur, wenn er mit körperlicher Gewalt oder mit Drohungen gegen die Person des Besitzers verbunden ist: derartige Angriffe sind schon unter den gewaltthätigen Angriffen gegen die Person inbegriffen; auch die sachliche Vergewaltigung als solche ohne jede Beimischung persönlicher Gewalt bildet einen gewaltthätigen Angriff auf Besitz oder Eigenthum [14]). Der Besitzer

---

[10]) Motive z. d. Entw. v. 1853 S. 257: — „auch Angriffe auf die Ehre fallen unter den Begriff der Nothwehr, sobald sie aus dem Kreise der bloßen Verbalinjurie heraus und in jene der Thätlichkeiten übergehen, z. B. wenn Jemand mit Koth beschmiert, zu schimpflicher Schaustellung ausgestellt oder herumgeführt oder allenfalls — getheert und gefiedert werden soll."

[11]) Vgl. über die Eigenthumsnothwehr: Zachariä, Archiv d. KrR. 1841 S. 42. — Levita a. a. O. S. 207. — Sander, Archiv d. KrR. 1841 S. 77, 78. — S. noch unten S. 525.

[12]) Vgl. Breidenbach, Komm. I S. 600. — Oppenhoff a. a. O. zu §. 41 des Preuß. StGB., Ziff. 6.

[13]) Z. B. Besitz des Jagd- oder Fischereirechtes u. dgl.

[14]) Darum ist aber ein gewaltthätiger Angriff noch nicht identisch mit einem

oder dessen Vertreter ist gegen den, der sich anschickt, die Sa... widrig zu zerstören oder zu beschädigen, auch dann im Nothw... dieser Angriff keine Richtung gegen deren Person selbst hat [15]).

b) Ebenso wie gegen den gewaltthätigen Angriff berechtigt d... rechtliche Eindringen in fremde Wohnung oder in fremd... thum zur Nothwehr [16]).

Widerrechtlich ist jedes unbefugte Eindringen gegen den ... Besitzers; Eindringen ist nicht identisch mit Einbr..., es ... dazu immer die Beseitigung oder Ueberwindung der ... Oeffnen von Thüren oder anderen äußeren Verw... steigen u. dgl. [17]).

Ebenso wie ein solches Eindringen durch ... verhindert werden darf, kann auch der bereits ... Stelle [18]) wieder vertrieben werden, somit ehe er ... in der Wohnung u. s. w. festzusetzen [19]).

---

thätlichen Angriffe; namentlich kann das ... gewaltthätiger Angriff bezeichnet werden. — A. M. ... Allein zum sprachlichen wie zum juristischen Begriff ... immer die Ueberwältigung eines von der Person ... Widerstandes, bezw. die Beschädigung oder Zerstörung ... denjenigen, welcher den freiwillig in sein Haus ... im Hause seiner Freiheit beraubt und in dieser Weise ... hält, oder welcher einen Anderen heimlich ohne Berüh... an Personen oder Sachen bestiehlt" (Hocheder a. a. O.) ... wehr zulässig, aber nicht, weil hier ein „thätliches ... sphäre des Angegriffenen" vorliegt, sondern im ... Gewalt unmittelbar gegeben ist; im zweiten: weil ... Dieb — im Versuchsstadium — entweder als Nothw... Eindringen in eine Wohnung oder ein Besitzthum ... den auf der That betroffenen Dieb zulässig ist ...

[15]) Wenn also der Angriff in Abwesenheit des Besitzers ... dieser aber noch rechtzeitig hinzukömmt, um denselben abzuwenden ...

[16]) So unterliegt z. B. der Vermiether, welcher ... die vermiethete Wohnung bringt, und Thüren und Fenster ... durch den Miether zum Ausziehen zu nöthigen ... Oppenhoff zu §. 346 des Preuß. StGB. Ziff. 5.

[17]) Vgl. Oppenhoff zu §. 318 des Preuß. StGB. Ziff. 3; ...

[18]) Auch nach Civilrecht wird derjenige, welcher den gewaltsam Eindringenden sofort wieder vertreibt, so angesehen, als habe er den Besitz nicht ...loren. L. 17 D. de vi et de vi armata (43, 16); L. 3 § 9 ...

[19]) Motive z. E. 1853 S. 288: ... darf nicht in der Zwischenzeit ...

c) Die Nothwehr in der Richtung auf Erhaltung des Besitzes ist endlich auch noch gestattet gegen den Dieb, Räuber oder anderen Angreifer, wenn er auf der That betroffen oder so lange er auf der Flucht begriffen ist [20]), auch wenn kein persönlicher Widerstand von demselben geleistet wird [21]).

Unter den „anderen Angreifern" außer dem Diebe und Räuber sind solche verstanden, welche sich der fremden Sache widerrechtlich bemächtigt haben, um sie zu zerstören oder zu beschädigen, oder welche die eigene Sache zum Nachtheile Berechtigter wegnehmen (Art. 330).

„Auf der Flucht begriffen" ist der Dieb u. s. w., so lange er sich vom Orte der That hinweg der ihm nacheilenden oder gefürchteten Verfolgung zu entziehen sucht, überhaupt so lange er auf dem Wege ist zu dem nächsten Bergungsorte der entwendeten Sache [22]). Denn ohne Zweifel kann auch der in seiner Abwesenheit Bestohlene dem in voller Sicherheit langsam abziehenden Diebe nacheilen, und wenn er ihn erreicht, ehe derselbe die Sache geborgen hat, vermöge des Nothwehrrechtes die Sache abnehmen. —

Der Ausübung der Nothwehr in der vorliegenden Beziehung ist übrigens eine zweifache Schranke gezogen [23]).

a) Gewaltanwendung zur Wiedererlangung des Besitzes ist nur gegen denjenigen zulässig, welcher selbst den Angriff gemacht hat, nicht auch gegen den bei jenem Angriffe unbetheiligten Dritten, in dessen Hände die entwendete Sache etwa bereits übergegangen ist.

b) Zwischen dem Akte der widerrechtlichen Entziehung des Besitzes und dem Akte der gewaltsamen Wiederaneignung desselben muß ein Verhältniß der Kontinuität bestehen; es darf nicht in der Zwischenzeit ein Zeitpunkt ruhigen Inhabens für den ursprünglichen Angreifer eingetreten sein, —

des ruhigen Inhabens für den ursprünglichen Angreifer eingetreten sein." — „Ob ein solches Verhältniß der Kontinuität bestehe, kann in jedem einzelnen Falle nur durch das Ermessen des Richters entschieden werden."

[20]) Das ä. StGB. v. 1813 Art. 129 Ziff. 2 statuirt die Nothwehr in dieser Beziehung nur gegen denjenigen, welcher beim Diebstahle ertappt ist. Die Anm. I S. 314 dehnen dieses aus auf Verwundung des entlaufenden Diebes. — Mit der neuen GG. übereinstimmend: Württemb. Art. 102 Ziff. 2; Hess. Art. 46 Ziff. 3; Bad. §. 93.

[21]) Hierauf beschränkt die Nothwehr in dieser Richtung: Braunschw. Art. 166; Thüring. Art. 66.

[22]) Vgl. L. 3—5 D. de furtis (47, 2): — esse furtum manifestum, — priusquam eo loci rem pertulerit, quo destinavit eo die manere cum eo furto.

[23]) Hervorgehoben in den Motiven z. d. E. v. 1851 S. 36, ebenso z. d. E. v. 1853 S. 257.

wie dieses durch die Worte „auf der Stelle", „auf der That betroffen auf der Flucht begriffen" ausgedrückt ist. — Ob ein solches Verhä[ltniß] der Kontinuität bestehe, ist nach den Umständen des einzelnen Falles bemessen.

§. 4. Forts. 2. Gegenwärtiger Angriff.

Die Nothwehr als Selbstvertheidigung gegen eine andrängende G[ewalt] setzt voraus, daß der gewaltthätige Angriff auf die Person, den Besitz [oder] das Eigenthum bereits begonnen habe oder unmittelbar drohe.

Ein Beginn des Angriffes liegt jedenfalls dann vor, wenn der Vergreifer bereits zur Ausführung des verbrecherischen Unternehmens geschritten, wenn er in das Stadium des strafbaren Versuches eingetreten ist.

Unmittelbar drohend ist der Angriff, wenn er sofort und in continuo erwartet werden muß[25]). Hierüber können nur die besonderen Umstände des Falles maßgeben: der Richter hat sich in die Lage des Angegriffenen hineinzuversetzen und nach dem hieraus empfangenen Eindrucke des Momentes zu beurtheilen, ob die Annahme gerechtfertigt war, daß ohne Aufenthalt und ohne weitere Vermittelung ein gewaltthätiger Angriff bevorstehe[26]). Auch mündliche Drohungen, auch Geberden können daher das Signal zur rechten Nothwehr geben, wenn nach allen Umständen der sofortige Uebergang zum thätlichen Angriffe nicht bezweifelt werden konnte[27]).

Die verfrühte Nothwehr — Vertheidigungshandlungen ohne gegenwärtigen Angriff — ist nach allgemeinen Grundsätzen zu würdigen, unter Berücksichtigung der nach den Umständen des Falles etwa gegebenen Strafmilderungsgründe, und vorbehaltlich des unten[28]) zu erörternden Einflusses thatsächlichen Irrthumes. —

---

[24]) Nach dem Ausdrucke der ä. gemeinr. Doktrin, daß der Angriff ein gegenwärtiger, oder auch, daß laesio inchoata sei; s. u. a. Feuerbach, Lehrb. §. 38.

[25]) Also nicht, daß die Verletzung bereits begonnen habe. C. C. C. Art. 140: (Der Angegriffene) „ist auch mit seiner Gegenweer biß er geschlagen wirdt zu warten nit schuldig."

[26]) Ein lehrreicher Fall: Ger.-Saal 1850 (I) S. 259.

[27]) Es ist daher verwerflich, wenn als Merkmal des gegenwärtigen Angriffes und somit als Bedingung der Nothwehr eine körperliche Einwirkung, ein gewaltthätiges Benehmen im Gegensatze zur wörtlichen Aeußerung, geheischt wird. Treffend hiegegen Hälschner a. a. O. S. 259: „wie verhält es sich mit Geberden, z. B. dem Vorhalten einer Pistole? Soll die körperliche Einwirkung der Kugel abgewartet werden?"

[28]) Seite 522.

Sowie die Nothwehr beginnt mit dem Eintritte des Vertheidigungsbedürfnisses, so erlischt sie mit dem Wegfalle des letzteren oder der Vertheidigungsmöglichkeit, also mit der vollständigen Abwehr des Angriffes ebenso wie mit der durch den Angreifer vollbrachten Beschädigung.

Hiebei ist nur noch darauf hinzuweisen, daß der letztere Moment nicht zusammenfällt mit der juristischen Vollendung des von dem Angreifer beabsichtigten Deliktes. Der auf Leib oder Leben Angegriffene bleibt auch nach der bereits empfangenen Verwundung im Stande der Nothwehr, wenn er noch weitere Verletzungen und die Fortsetzung des Angriffes zu besorgen hat. Gegenüber dem Diebe und Räuber ist der Bestohlene oder Beraubte auch nach vollendeter Entwendung so lange in Nothwehr, als derselbe auf der Flucht begriffen ist (S. 518). Und bei jenen Delikten, welche in gewaltsamer Freiheitsentziehung bestehen, dauert der Angriff so lange, als nicht der Vergewaltigte wieder seine Freiheit erlangt hat. Der Eingesperrte ist durch Nothwehr entschuldigt, wenn er sich mittelst Zerstörung oder Beschädigung von Sachen oder nach Umständen durch Verletzung oder Tödtung des Wächters u. s. w. seine Freiheit wieder verschafft [29]). Denn überall begründet nicht das im juristischen Sinne vollendete Verbrechen, sondern die vollbrachte Beschädigung die Gränze für die Nothwehr; als vollbracht erscheint aber die Beschädigung erst dann, wenn der Angreifer seine rechtswidrige Thätigkeit völlig zu Ende geführt hatte [30]).

§. 5. Fortsetzung. 3. Rechtswidrigkeit des Angriffes.

Nur gegen einen **rechtswidrigen** Angriff ist die Nothwehr zulässig. Hierin liegt, daß derselbe sowohl objektiv als subjektiv rechtswidrig sein muß. „Wer auf eine rechtswidrige oder verbrecherische Art u. s. w. angegriffen wird", sagen die Anm. z. d. ä. StGB. Art. 125 S. 309, — und die Motive zu d. E. v. 1851 und 1853 S. 256, 257 bezeichnen die Nothwehr als die vom natürlichen Rechte gebilligte Vertheidigung gegen einen „schuldhaften und strafbaren Angriff".

Die Selbstvertheidigung gegen einen Unzurechnungsfähigen, gegen einen durch Nothstand gerechtfertigten Angriff darf daher nicht unter dem Gesichtspunkte der Nothwehr gefaßt werden. Unzweifelhaft hat der auf solche Weise Bedrohte das Recht der Selbstvertheidigung; allein diese ist

---

[29]) Ueber die Nothwehr gegen den bereits widerrechtlich Eingedrungenen s. oben S. 517.

[30]) Vgl. Hälschner a. a. O. S. 261. — Levita a. a. O. S. 178. — Köstlin, System I S. 85.

ebenso wie die Vertheidigung gegen die Angriffe eines Thieres oder die von einer leblosen fremden Sache drohende Gefahr lediglich von Gesichtspunkte des Nothstandes zu würdigen [31]). —

Die objektive Rechtswidrigkeit des Angriffes fällt weg, wenn der Angreifer zur Anwendung der von ihm gebrauchten Gewalt berechtigt war. Es kömmt hier namentlich das in dem Verhältnisse häuslicher Gewalt begründete Zwangs- und Züchtigungsrecht [32]) — dann das Verhältniß obrigkeitlicher Gewalt zur Berücksichtigung [33]).

Ohne der bei dem Delikte der Widersetzung wieder aufzunehmenden Erörterung vorzugreifen, sei in letzterer Beziehung hier nur soviel bemerkt, daß nach der gesetzlichen Umschreibung jenes Deliktes [34]) durch die formelle Legalität des obrigkeitlichen Zwanges die Nothwehr gegen denselben ausgeschlossen ist. Auch dem materiell ungerechtfertigten Zwange hat sich der Betroffene zu fügen, soferne die Anwendung desselben nur im Allgemeinen in den Bereich der amtlichen oder dienstlichen Vollmacht und Befugniß des Vollziehenden fällt, und soferne er in der gesetzlichen Form, soweit eine solche vorgeschrieben ist, auftritt [35]). — Dagegen ist die Nothwehr offen gegen alle gewaltthätigen Angriffe von Beamten und öffentlichen Dienern, welche mit dem Amte oder Dienste nichts zu thun haben, [36]) oder welche einen

---

31) Hälschner a. a. O. S. 262. — A. M. für das gem. R.: Köstlin, System S. 85; Levita a. a. O. S. 186. — Für das bayer. R.: Hocheder, Komm. S. 354; Weis, Komm. S. 207.

32) Vgl. Bayer. Landrecht Thl I, cap. 4 §. 3 Ziff. 1; cap. 6 §. 12 Ziff. 2 und 3 (eheherrliche und elterliche Befugnisse).

33) Daß gegen die innerhalb der rechtmäßigen Schranken gehaltene Vertheidigung, auch wenn sie in der Form eines Gegenangriffes auftritt, nicht eine Gegennothwehr von Seiten des ersten Angreifers zulässig ist, braucht kaum bemerkt zu werden, — da die rechtmäßige Vertheidigung keinen rechtswidrigen Angriff bildet. — Anders, wenn die Vertheidigung das zulässige Maß überschreitet. Gegen den Exzeß der Nothwehr ist allerdings dem ursprünglichen Angreifer Nothwehr nachgelassen.

34) Nach StGB. Art. 136, 137 verschuldet eine Widersetzung: Wer, um den Vollzug eines Gesetzes, einer Verordnung, eines richterlichen Ausspruches oder einer anderen obrigkeitlichen Verfügung zu hindern, einem Staatsbeamten u. s. w., welchem jener Vollzug vermöge seines Dienstes oder besonderen Auftrages obliegt, Gewalt zufügt oder androht.

35) Hierher gehört namentlich je nach den Umständen die Vorzeigung eines schriftlichen Befehles, z. B. des Haft- oder Vorführungsbefehles, des Exekutionsbeschlusses u. dgl.

36) Z. B. Angriffe auf die Schamhaftigkeit einer verhafteten Frauensperson.

offenbaren Mißbrauch oder eine Ueberschreitung der Amtsgewalt [37]) enthalten [38]).

§. 6. Fortsetzung. Ausschließung anderer Voraussetzungen der rechten Nothwehr.

Mit den bisher angeführten Merkmalen des Begriffes sind die Voraussetzungen der rechten Nothwehr nach unserer GG. erschöpft. — Fehlt es an der einen oder anderen, so kömmt dem Beschuldigten die Einrede der Nothwehr nicht zu Statten. — Hat er in thatsächlichem Irrthum die Voraussetzungen der Nothwehr als gegeben angenommen, so müssen die allgemeinen Grundsätze über den Einfluß des Irrthums auf die Zurechnung zur Anwendung kommen. War somit der Beschuldigte nach allen Umständen berechtigt, in dem Benehmen des anderen einen ihm unmittelbar drohenden rechtswidrigen Angriff zu erblicken, so hat er aus einem entschuldbaren thatsächlichen Irrthum seine Handlung für unsträflich gehalten und ist außer Schuld und Zurechnung. Trifft ihn hinsichtlich jener Annahme der Vor-

---

[37]) Z. B. Anordnung körperlicher Züchtigung des Verhafteten oder Strafgefangenen; Wegnahme von Gegenständen, welche gesetzlich von der Hilfsvollstreckung ausgenommen sind.

[38]) Vgl. Weis, Komm. zu Art. 136, 137 d. StGB f. — Zachariä im Archiv d. CrR. 1843 S. 355. — Arnold das. S. 396. — Köstlin, System S. 85. — Hälschner a. a. O. S. 264. — Geib, Lehrb. S. 228. — Goltdammer, Archiv V S. 35. —

Oppenhoff zu §. 89 des Preuß. StGB. bezeugt u. Ziff. 17 und 18 als Praxis des Obertribunals: „Gegen wirkliche Amtshandlungen als solche ist Nothwehr nicht gestattet, sollten dabei auch Ausschreitungen des betreffenden Beamten vorkommen. Eine Amtshandlung ist überall anzunehmen, wo ein Beamter in der äußerlich erkennbaren Absicht, Pflichten, die ihm sein Amt auflegt, zu erfüllen, oder mit demselben verknüpfte Rechte auszuüben, solche Handlungen vornimmt, welche an sich innerhalb seiner Amtsbefugnisse liegen, ohne daß es darauf ankommt, ob der Beamte sich bei ihrer Ausübung eines Versehens schuldig macht oder diese ohne genügende Veranlassung vorgenommen hat. —

Das Gegentheil kann nur Platz greifen, wo der Handlung der Charakter einer amtlichen gar nicht beiwohnt. Dieß darf aber nur dann angenommen werden, wenn entweder die Handlung überhaupt gar nicht in den Amtsbefugnissen des sie vornehmenden Beamten lag, oder wenn bei derselben nach der Ueberzeugung des Widerstandleistenden der amtliche Charakter nur fälschlich vorgespiegelt wurde, wenn sich also der Beamte der Inkompetenz und Ungesetzlichkeit vollständig bewußt war.“

wurf von Uebereilung, Mangel an genauer Beobachtung u. dgl., so nur Zurechnung zur Fahrlässigkeit [39]). —

Was anderweitige Voraussetzungen der rechten Nothwehr an[illegible] welche theils in der Doktrin theils in neueren Gesetzgebungen einen [illegible] gefunden haben, so ist es nach unserem Gesetzbuche

1) vor Allem unbegründet, die Zulässigkeit der Nothwehr da[von ab]hängig zu machen, daß der Angriff nicht von Seite des Angreifers [ver]schuldet war [40]). Durch die Provokation zum Angriffe [41]) wird [die] Rechtswidrigkeit nicht aufgehoben; der auctor rixae als solcher [behält] gleichwohl sein Nothwehrrecht gegen den auctor pugnae. [42]).

2) Ebensowenig macht unser GB. [43]) die Zulässigkeit der Nothwehr davon abhängig, daß der Angegriffene nicht im Stande war, dem drohenden Angriffe von Anfang an auszuweichen oder ihn gegenstandlos zu machen [44]), oder demselben durch eine nicht pflichtwidrige Flucht zu entgehen [45]), oder die obrigkeitliche Hilfe zur Abwendung der Gefahr mit Erfolg anzurufen.

Die neue Gesetzgebung hat das Nothwehrrecht dieser Erfordernisse mit gutem Grund entkleidet, da sie dessen Wesen völlig fremd sind. Jene Forderungen sind aus dem verkehrten Bestreben möglichster Schonung des widerrechtlichen Angreifers hervorgegangen, sie legen dem Bedrohten und Angegriffenen Verpflichtungen auf, welche die persönliche Freiheit und Würde desselben empfindlich beeinträchtigen, und degradiren das zu den wesentlichsten Attri-

---

39) In dieser Beschränkung ist wohl zu verstehen, was Oppenhoff zu §. 41 des Preuß. StGB. n. Ziff. 8 als Praxis des Obertribunals anführt: „Der angebliche Glaube des Angeklagten, er befinde sich im Zustande der Nothwehr, ist, wenn die Bedingungen einer solchen nicht vorliegen, kein Strafausschließungsgrund." Der Angeklagte hatte in der Nacht, im Hause ein Geräusch hörend, in der Meinung, es rühre von Dieben her, einen Hausgenossen durch einen Schuß schwer verwundet. — Vgl. auch Hälschner a. a. O. S. 266. — Hocheder S. 358.

40) Das Hannöv. StGB. Art. 79 macht es zur ausdrücklichen Voraussetzung der Nothwehr, daß nicht der Angegriffene den Angreifer mit bösem Vorsatze zum Angriffe gereizt habe.

41) Natürlich vorausgesetzt, daß sie nicht selbst schon einen Angriff enthalte.

42) S. auch Oppenhoff zu §. 41 des Preuß. StGB. Ziff. 10.

43) Wie u. a. das ä. StGB. Art. 127 gethan hat.

44) Durch Einschlagen eines anderen Weges, durch Sicherung des bedrohten Gutes u. dgl.

45) Auch die PGO. K. Karls V. Art. 140, 142 muthet dem Benöthigten die Flucht zu, „wenn solche ohne Fährlichkeit oder Verletzung seines Leibes, Lebens, Ehre und guten Leumunds möglich ist."

buten der Persönlichkeit gehörige Recht der Selbstvertheidigung zu einem bloßen Surrogate des gerade mangelnden obrigkeitlichen Schutzes [46]).

In richtiger Verwerfung dieses letzten Gesichtspunktes hat daher

3) die neue Gesetzgebung mit Fug auch von der weiteren Bedingung der Nothwehr Umgang genommen, daß die gegenwärtige obrigkeitliche Hilfe unzureichend sein müsse [47]).

Zwar glauben auch solche Autoren des gemeinen Rechtes, welche sonst das Nothwehrrecht von allen ungehörigen Einschränkungen rein zu halten beflissen sind, dieses auch von vielen neueren Gesetzgebungen aufgenommene Erforderniß in dem Prinzipe der Nothwehr in so natürlicher Weise begründet, daß es auch da, wo die Gesetzgebung desselben nicht ausdrücklich gedenkt [48]), zu subintelligiren sei [49]). — Allein das Recht der Selbstvertheidigung ist nun einmal ein ganz selbständiges und primäres, nicht ein subsidiäres oder eventuelles Recht der Person; es steht ihr zu, ohne Rücksicht auf die rechtsschützende Thätigkeit der Staatsgewalt [50]), und es kann daher auch der Mangel einer ausreichenden Hilfe des Staates nicht zur rechtlichen Voraussetzung der Nothwehr gemacht werden. Die Gegenwart der obrigkeitlichen Hilfe kann nicht die Bedeutung haben, daß sie an und für sich dem Angegriffenen das Recht der Selbstvertheidigung entzieht; wohl aber kann sie in soferne in Betracht kommen, als im gegebenen Falle durch die Anwesenheit und das schützende Eingreifen der Obrigkeit jede Gefahr für den Angegriffenen beseitigt, somit die faktische Voraussetzung für die Ausübung der Nothwehr weggenommen ist. Ist dieses der Fall, so ist freilich die Verletzung des Angreifers durch den Angegriffenen strafbar; aber nicht deshalb, weil die Obrigkeit oder ihr Diener anwesend war, sondern weil und wenn durch diese Gegenwart der Angegriffene außer Angriff und Gefahr gestellt ist. Ist letzteres nicht der Fall, ist der Angegriffene trotz jener Anwesenheit zur Annahme einer für ihn bestehenden Gefährdung veranlaßt, so ist er zur Nothwehr vollkommen befugt [51]).

---

[46]) Vgl. insbes. Levita a. a. O. S. 190, 237.

[47]) Das L. GB. Art. 125 hatte dieses Erforderniß ebenfalls. — Ueber die Ansicht, daß ein Exzeß der Nothwehr vorliege, wenn der Angriff auf eine dem Angreifer unschädliche Weise vermieden oder beseitigt werden konnte, s. u. S. 528.

[48]) Wie außer dem u. bayer. auch das bad. StGB. §. 84.

[49]) Levita a. a. O. S. 234.

[50]) Vgl. Köstlin, System S. 82. — Weis, Komm. S. 206 — Hocheder, Komm. S. 351.

[51]) S. insbes. Hälschner a. a. O. S. 253, 268: „Wenn der unter militärischer Bedeckung fahrende Postwagen von Straßenräubern angegriffen wird und die

§. 7. Fortsetzung II. Gränzen der Vertheidigung.

Die Nothwehr entschuldigt jede Rechtsverletzung, welche der Angegriffene zum Zwecke seiner Vertheidigung bewirkt hat, so weit sie den gegebenen Umständen nach zur Abwehr des Angriffes und zur Beseitigung der Gefahr erforderlich schien. Weiter als es der Zweck der Vertheidigung und der Erhaltung des angegriffenen Gutes nach den Umständen erheischt, darf der Angegriffene in seiner Selbsthilfe nicht gehen. Die Ueberschreitung der ihm vorgesteckten Gränze ist schuldhaft, sie ist der schuldhafte Exceß der Nothwehr, und hat keinen Antheil an der entschuldigenden Wirkung der letzteren. Die Anwendung dieses Grundsatzes auf die vielgestaltigen Vorkommnisse des Lebens hat das neue GB. für jeden einzelnen Fall dem auf die Erwägung aller Umstände gebauten vernünftigen Ermessen des Schuldrichters anheimgegeben" [52]).

Folgendes ist anzumerken:

1) Ob die Vertheidigung sich in den gesetzlich gebotenen Gränzen gehalten habe, ist einzig und allein nach dem Maße und der Intensität der durch den Angriff herbeigeführten Gefährdung zu entscheiden.

Daß die durch die Vertheidigung zugefügte Verletzung in einem entsprechenden Verhältnisse stehe zu der Größe der durch den Angriff gedrohten Verletzung, ist nicht gefordert. —

Die Gefahr des Verlustes eines geringen Gutes kann nach Umständen das höchste Maß der angewendeten Gewalt rechtfertigen, wenn das bedrohte

---

Bedeckung zur Abwehr höchst wahrscheinlich ausreicht, so ist dennoch der Reisende, der sich am Kampfe betheiligt und einen Räuber niederschießt, unzweifelhaft straflos." — Berner, Lehrb. S. 139.

[52]) Mot. z. d. E. v. J. 1853 S. 258.

Das b. StGB. Art. 128 gibt das Prinzip und eine kasuistische Erläuterung desselben. — Die nachfolgenden Entw. lassen die Kasuistik weg. — Der E. v. 1851 Art. 73 zählt drei Fälle der Ueberschreitung der Gränzen erlaubter Nothwehr auf: wenn dem Angegriffenen andere Mittel zu Gebote standen, durch welche er auf eine für den Angreifer unschädliche Weise — ohne eigene oder Anderer Gefahr — die Absicht desselben zu vereiteln vermocht hätte; wenn die gewaltsame Privatvertheidigung in größerem Umfange oder auf gefährlichere Weise geübt wurde, als unter den gegebenen Umständen zur Abwendung der Gefahr nothwendig war; wenn der Angriff nur gegen Vermögensgegenstände von geringem Werthe gerichtet war, die Vertheidigung aber auf eine das Leben des Angreifers unmittelbar gefährdende Weise geführt wurde." — Der Entw. v. 1853 Art. 53 begnügt sich wieder mit der prinzipiellen Bestimmung, daß der Angegriffene die Gränzen der Vertheidigung nicht schuldhaft überschritten haben dürfe, — und hiebei ist es geblieben.

Gut mit minderer Gewaltanwendung nicht erhalten werden konnte. — Umgekehrt entschuldigt die Bedrohung des höchsten Gutes, des Lebens, nicht die geringste Gewalt über jenes Maß hinaus, welches zu dessen Rettung gerade erforderlich war.

Also nicht der Gegenstand des Angriffes und dessen Werth bestimmt das Maß der Vertheidigung, sondern das Maß der Gefährdung bestimmt das Maß der Abwehr. Das äußerste Maß der Vertheidigung ist nicht bedingt durch die Unersetzlichkeit des angegriffenen Gutes [53]).

2) Die Größe der Gefahr ist vom Standpunkte des Angegriffenen und nach ihrer Erscheinung im Zeitpunkte des Angriffes zu würdigen.

Es kann dem Angegriffenen nicht zugemuthet werden, daß er den Umfang und die Stärke der ihm drohenden Gefahr in der Erregung des Momentes mit der objektiven Ruhe und Kaltblütigkeit abwäge, wie dieß später

---

[53]) Levita a. a. O. S. 220, 243. — Hälschner a. a. O. S. 265. — Berner, Lehrb. S. 141.

Die ältere Doktrin neigte sich vorherrschend dahin, die Verhältnißmäßigkeit des abzuwendenden Schadens mit dem zur Abwendung desselben gebrauchten Mittel zu verlangen, und dieses findet sich auch so in neueren Gesetzgebungen; vgl. Hannov. Art. 79, Sachs. Art. 91, Hess. Art. 49 Abs. 2; ähnlich hinsichtlich der Anwendung lebensgefährlicher Vertheidigungsmittel Bad. §. 87. — Diesen GB. folgte der bayer. Entw. v. J. 1851, oben Note 52.

In dieser Einengung der Vertheidigungsgränzen liegt eine Verwechslung des Gesichtspunktes der Strafe mit dem der Vertheidigung. Das Vertheidigungsrecht schließt begriffsgemäß die Befugniß zu allen Gegenmaßregeln in sich, welche in concreto erforderlich waren, um den Angriff unschädlich zu machen. Nur soviel ist daher zuzugeben, daß gegen einen weniger gefährlichen Angriff, wie gegen den Angriff auf weniger bedeutende Vermögensstücke, auch weniger gefährliche Vertheidigungsmittel ausreichen werden, Levita a. a. O. S. 220.

Es ist daher von einer solchen Bestimmung in dem Entw. v. 1853 und so auch im GB. mit gutem Grunde Umgang genommen. — Wenn Hocheder a. a. O. S. 361 eine strafbare Ueberschreitung der Nothwehr dann annimmt, „wenn wegen des exorbitanten Mißverhältnisses zwischen Angriff und Vertheidigung die dem Angreifer zugefügte Verletzung als ein Akt der höchsten Frivolität erscheint, — z. B. Tödtung eines entlaufenden Obstdiebes," — so hat er hierin wohl das sittliche Gefühl, aber nicht das positive Gesetz für sich. — Vgl. die treffenden Bemerkungen Hälschner's a. a. O. S. 265, welcher auf den Schaden für alle rechtliche und sittliche Ordnung hinweist, wollte durch widersinnige Beschränkung der Nothwehr alles Besitzthum den Dieben, welche bei richtigem Benehmen vor jeder persönlichen Gefahr sicher sind, preißgegeben werden.

dem unbetheiligten Beobachter möglich ist. — Der Richter hat sich in die Lage des Angegriffenen zur Zeit des Angriffes zu versetzen und unter Berücksichtigung der Persönlichkeit beider Theile, der augenbl... Aufregung, der Zeit, des Ortes und aller Umstände des Angriff... Maß von Gefährdung zu vergegenwärtigen, wie es der Angegriff... nehmen durfte.

3) Die Nothwehr entschuldigt innerhalb ihrer rechtmäßigen ... schlechthin „die zur Abwendung der Gefahr verübte, mit Strafe ... Handlung."

Es ist also

a) nicht bloß Körperverletzung oder nach Umständen Tödtung des Angreifers, sondern ebenso jede andere Rechtsverletzung desselben straflos, welche geeignet war, den Angriff abzuwehren und unschädlich zu machen. Es kann nach Umständen eine Gefangennahme, eine Beschädigung oder Zerstörung fremder Sachen [54], ein Hausfriedensbruch u. dgl. als angemessenes Vertheidigungsmittel gebraucht werden [55].

b) Nicht nur die dem Angreifer selbst angethane Verletzung ist durch die Nothwehr entschuldigt, sondern ebenso auch die Verletzung oder Schädigung eines Dritten, — gleichviel, ob sie durch Abirrung der Vertheidigungshandlung [56] herbeigeführt wurde, oder dadurch, daß der Angegriffene Person oder Habe eines Dritten opfert, um sich hiedurch gegen den Angriff zu schützen [57]. Es kommt schlechthin nur darauf an, daß die Vertheidigungshandlung in richtigem Verhältniß mit dem Angriff steht.

---

[54]) Z. B. Zerbrechen der Waffe, Tödtung des Pferdes, auf welchem der Angreifer einbringt u. dgl.

[55]) Motive z. d. Entw. v. J. 1853 S. 61. — Das k. StGB. Art. 125 erwähnt die Vergewaltigung, Beschädigung oder Tödtung des Angreifers.

[56]) Diesen Fall hat schon die PGO. Art. 145 vorgesehen und die peinliche Strafe ausgeschlossen.

[57]) Z. B. um sich gegen den auf ihn gezielten Schuß zu decken, ergreift A den neben ihm stehenden B und gebraucht ihn als Schild; B wird tödtlich getroffen.

Die ä. StGG. beschränkt dem Wortlaute nach in Art. 125 die Wirkung der Nothwehr auf Vergewaltigung, Beschädigung, Tödtung des Angreifers. So auch der Entw. v. J. 1853 Art. 63, — offenbar mit dem Hintergedanken, daß die aberratio ictus bei der rechten Nothwehr schon nach allgemeinen Grundsätzen straflos sei, und ferner, daß die Aufopferung eines Dritten, um sich gegen den Angriff zu decken, vom Gesichtspunkte des Nothstandes entschuldigt sei. (Vgl. auch Levita S. 275 Note 114.) — Auf den

2) Abgesehen hievon soll in allen Fällen die durch die That, welche sich als Erzeß der Nothwehr darstellt, verwirkte Strafe nach Maßgabe der Bestimmungen des Art. 68 herabgesetzt, d. h. es soll beim Erzesse der Nothwehr in allen Fällen der Strafmilderungsgrund der geminderten Zurechnung angenommen werden [62]). Die ratio legis ist: weil „einerseits bei dem Angegriffenen stets ein Zustand gestörter Besonnenheit oder doch unverschuldeter und gerechtfertigter Aufregung anzunehmen ist [63]), während andererseits der Angreifer keinen Anspruch auf den vollen und unbedingten Schutz des von ihm selbst zuerst verletzten Gesetzes machen kann." —

Ob eine von dem Angegriffenen verübte Rechtsverletzung als Erzeß der Nothwehr in Betracht komme, hat der Richter der Schuld, haben somit in schwurgerichtlichen Fällen die Geschworenen festzustellen [64]). Ist dieses

---

daß eine Strafe nicht eintreten solle, wenn während der Gegenwehr des Angegriffenen aus der Anwendung eines an sich erlaubten und den Umständen angemessenen Vertheidigungsmittels unabsichtlich eine größere Beschädigung des Angreifers entstanden, als zu dessen Abhaltung erforderlich und von dem Angegriffenen beabsichtigt gewesen ist.

[62]) Motive z. E. 1853 S. 260.

Das b. StGB. Art. 132 begnügte sich für solche Erzeßfälle, in welchen nicht wegen Ueberraschung u. s. w. die Zurechnung aufgehoben ist, mit der Anweisung an den Richter, je nach den Umständen zu beurtheilen, ob die Ueberschreitung blos als Fahrlässigkeit oder als böser Vorsatz zuzurechnen sei.

Der nachfolgende Entw. v. J. 1822 Art. 83 hat sich schon der Annahme eines Milderungsgrundes zugeneigt, wenn er bestimmt, daß selbst eine schuldhafte Ueberschreitung der Gränzen der Nothwehr „nur als Uebertretung bestraft werden soll, wenn nicht aus allen Umständen mit Gewißheit hervorgeht, daß jene Gränzen aus bösem Vorsatze überschritten wurden." — Ebenso die Entw. v. 1827 Art. 77; v. 1831 Art. 100.

Der Entw. v. J. 1851 Art. 75 hatte schlechthin für den Erzeß der Nothwehr eine Strafmilderung, und zwar in obligatorischer Weise, vorgeschlagen mit genau bestimmten Gränzen. Der Entw. v. J. 1853 Art. 65 hat diese nähere Abgränzung beseitigt, dafür aber die Strafmilderung ganz in das Ermessen des Richters der Strafe gestellt. — Die jetzige Fassung ist von Ref. II proponirt. S. Verh. II, 1, S. 51 und S. 214.

[63]) Difficile enim est justum temperare dolorem vixque potest vir justus habere stateram in manibus suis et dare ictus, percussiones et verbera cum statera. (Vulnera non dantur ad mensuram.) Damhouder, prax. rer. crim. cap. 76 nr. 20.

[64]) S. oben S. 401.

Ob beim Erzesse der Nothwehr der Milderungsgrund der geminderten Zu-

festgestellt, so ist der Strafrichter gehalten, die Strafe in entsprechender Weise herabzusetzen; die Strafmilderung ist obligatorisch. —

Durch dieses vom GB. gewählte System ist die Unterscheidung zwischen doloser und kulposer Ueberschreitung der Nothwehrgränzen, wie sie bei gemeinrechtlichen Autoren und in neueren Gesetzgebungen vorkömmt, für das bayer. R. ohne weitere Bedeutung [65]).

§. 10. Forts. Stellvertretende Nothwehr.

Die Vertheidigung eines rechtswidrig Angegriffenen kann auch von einem Dritten übernommen werden, ohne daß ein weiteres besonderes Verhältniß zwischen dem letzteren und dem ersteren obzuwalten braucht. Es ist hiebei gleichgiltig, ob der Angegriffene sich selbst zu vertheidigen im Stande gewesen wäre [66]), ob er die fremde Hilfe angerufen hat oder nicht.

Der hilfreiche Dritte hat alle in der Nothwehr vom Standpunkte des Angegriffenen begründeten Rechte, er hat ebenso alle Pflichten wie der Angegriffene selbst. Bringt er durch Verletzung des vermeintlichen Angreifers Hilfe, ohne daß ein Angriff obwaltet, oder thut er beim Dasein einer wirklichen Gefahr zu deren Abwendung mehr als erforderlich war, so ist er ebenso zu beurtheilen, als wenn der vermeintliche, bezw. der wirkliche Angriff ihn selbst betroffen hätte [67]).

§. 11. Forts. Beweis der Nothwehr.

Der n. Gesetzgebung sind Präsumtionen hinsichtlich der Nothwehr fremd [68]).

---

rechnung noch einmal selbständig in Ansatz gebracht werden könne, hierüber vgl. oben S. 469 u. 470. — Vgl. auch Hocheder, Komm. S. 364.

[65]) Levita a. a. O. S. 246. — Hann ov. Art. 79; Bad. §. 90; Hess. Art. 52.

[66]) Ausdrücklich bemerkt im Hess. StGB. Art 50. 1 erklärt es für eine entschuldigte Entleibung, wenn Einer „zur Rettung eines andern Leib, Leben oder Gutes Jemand erschlägt.“ Zachariä, Archiv d. KrR. Jahrg. 1841 S. 434.

[67]) Schon die PGO. K. Karl's V. Art. 150 Abs.

Das ä. GB. Art. 126 hat ebenfalls eine besondere ausdrückliche Bestimmung: „Jeder ist befugt, einem anderen, welcher in rechter Nothwehr sich befindet, mit thätlicher Hilfe beizustehen und hat alsdann für sich selbst und für diesen Andern alle Rechte der Nothwehr mit den dabei zu beobachtenden Pflichten wie der Angegriffene selbst.“ Ebenso die späteren Entwürfe. — Zuerst hat der Entw. v. J. 1851 Art. 72 diese Ausdehnung des Nothwehrrechtes in den Hauptsatz über die Nothwehr aufgenommen, ebenso Entw. 1853 Art. 63; danach auch das GB.

[68]) Das ä. StGB. Art. 134, 135 verlangt zwar den gewöhnlichen Beweis da-

Es ist auf gewöhnlichem Wege und mit den gewöhnlichen Mitteln festzustellen, ob sich der Beschuldigte im Stande der Nothwehr befunden hat, beziehungsweise ob er die Gränzen der erlaubten Selbstvertheidigung eingehalten hat oder nicht. —

Im schwurgerichtlichen Verfahren ist über das Dasein der Nothwehr eine besondere Frage an die Geschworenen nicht zu stellen. Durch die Frage über die Schuld sind sie von selbst veranlaßt, die Nothwehrfrage in's Auge zu fassen und zu entscheiden. Es wird nach Umständen angemessen sein, wenn sie von dem Schwurgerichtspräsidenten auf die Beachtung jenes Momentes besonders aufmerksam gemacht werden [69]).

(Ueber die prozessuale Behandlung des Erzesses der Nothwehr s. S. 530 Note 64.)

§. 12. Forts. Keine besondere Anzeigepflicht hinsichtlich der Nothwehr.

Auch in dieser Beziehung hat das n. StGB. von der Aufnahme besonderer Vorschriften Umgang genommen [70]).

Das ä. GB. Art. 136 hatte demjenigen, welcher in Nothwehr einen anderen getödtet oder verwundet hat, zur schleunigen Anzeige des Vorfalles bei der nächsten Obrigkeit verpflichtet und an die Versäumung der Anzeige die Vermuthung der überschrittenen Nothwehr geknüpft. Auch wenn diese Vermuthung durch den Beweis des Gegentheiles beseitigt wurde, blieb die Verheimlichung oder Versäumung der Anzeige selbständig strafbar.

Letzteres behielten auch unter Beseitigung der an die Unterlassung der Anzeige geküpften Rechtsvermuthung die früheren Entwürfe bei [71]). Aus dem Entw. v. J. 1851 ist auch diese Strafdrohung verschwunden und dabei ist es geblieben.

---

für, daß der Angeschuldigte durch gefährlichen Angriff in Nothwehr versetzt worden, läßt aber — wenn dieser Beweis vorliegt — eine Vermuthung dafür streiten, daß der Angriff ein rechtswidriger war, und daß die Gränzen der rechten Vertheidigung beobachtet sind.

Schon die älteren Entwürfe haben von der Aufstellung dieser Rechtsvermuthung Umgang genommen, und durch Ges. v. 29. Aug 1848 Art. 8 sind die jene Präsumtion enthaltenden Art. 134 und 135 des ä StGB. aufgehoben.

[69]) Anerkannt in der bayer. Praxis: Sitz.-Ber. II S. 258; IV S. 315; V S. 356, 359. — Ebenso in der französ. Praxis: Teulet et Sulpicy, Cod. annot, zu Cod. d'instr. crim. art. 337 nr. 6.

Vgl. Bl. f. RA. XIX S. 306 f. — v. Stengel in der Zeitschr. f. GG. u. RPfl. V S. 375.

[70]) Ebenso das Preuß., Sächs. GB.

[71]) Entw. v. J. 1822 Thl. II Art. 278; v. J. 1828 Art. 78; v. J. 1831 Art. 101.

Art. 74.

Hat derjenige, welcher durch eine strafbare Handlung Anderen einen Vermögensnachtheil zufügte, den ganzen aus der Handlung entspringenden Schaden durch Zurückgabe, Ersa[illegible] [illegible]zicht auf die durch die Handlung erworbenen Rechte oder [illegible] [illegible]licher Weise wieder gut gemacht, bevor er wegen der [illegible] ergriffen, verfolgt oder bedrängt oder von Seite der [illegible] oder ihrer Diener zur Rede gestellt wurde, so sind die [illegible] befugt, die angedrohte Strafe vorbehaltlich dessen, was in den Art. 17, 20 und 26 bestimmt ist, bis zur Hälfte des niedrigsten Maßes herabzusetzen.

Hat der Beschädigte den ihm vom Thäter wirklich dargebotenen vollständigen Ersatz zurückgewiesen, so wird dies der geschehenen Ersatzleistung gleich geachtet.

Die Bestimmung des Absatzes 1 findet auf jene strafbaren Handlungen keine Anwendung, bei denen eine Verletzung, Vergewaltigung, Gefährdung oder Bedrohung einer Person oder ein sonstiger Angriff auf eine solche stattgefunden hat.

§. 1. Entstehungsgeschichte des Art. — Früheres Recht.

Der Strafmilderungsgrund des Schadensersatzes in der Fassung des Art. 74 ist aus den Vorschlägen hervorgegangen, zu welchen sich der Referent des Gesetzgebungsausschusses der Abgeordnetenkammer, Dr. Weis, in Folge der Beseitigung des strafaufhebenden Einflusses der thätigen Reue bei dem Diebstahle veranlaßt sah.

Das StGB hat durch den Art. 74 der auf die Verübung des Delictes gefolgten thätigen Reue einerseits im Allgemeinen einen Einfluß eingeräumt, welchen sie früher nicht gehabt hat; andererseits ist jener Reue die strafaufhebende Wirkung entzogen, welche ihr von der früheren Gesetzgebung bei dem Diebstahle unter gewissen Voraussetzungen beigelegt war.

Dem ä. StGB. war diese letztere gleichfalls fremd. Nach Art. 94 Ziff. 3 des ä. StGB. sollte die aus eigenem Antriebe hervorgegangene Bemühung, den schon verursachten Schaden wieder zu vergüten, im Allgemeinen nur einen Strafminderungsgrund bei der Zumessung arbiträrer Strafen bilden; bei dem einfachen und dem beschwerten Diebstahle erster und zweiter Klasse sollte der geleistete Ersatz jedenfalls bei der Würdigung der Strafbarkeit nach dem Betrage des entwendeten Werthes außer Ansatz bleiben; wenn er aber ein vollständiger war und wenn die Selbstanzeige

des Diebes hinzukam, sollte er eine bedeutende Strafmilderung begründen.

Bei der Revision der Strafbestimmungen über den Diebstahl durch ah. VO. v. 25. März 1816, Art. XI [1]), wurde indeß die thätige Reue [2]) zu einem Strafaufhebungsgrunde erklärt, und zwar in der weiten Ausdehnung, daß jedem Diebe [3]), ohne Rücksicht, ob der Diebstahl ein qualifizirter ist oder nicht, die Befreiung von Untersuchung und Strafe zugesagt ist, wenn er — ohne bereits in Untersuchung gezogen zu sein und ohne rechtswidrigen Nachtheil eines Dritten — die Zurückgabe oder den vollen Ersatz des entwendeten Gutes oder auf irgend einem anderen Wege die gänzliche Zufriedenstellung des Beschädigten bewirkt. Durch bloß theilweisen Ersatz oder theilweise Zufriedenstellung soll die Strafbarkeit nur insoweit aufgehoben werden, als diese von der Summe des Entwendeten abhängt; außerdem soll der unvollständige Ersatz nur als Strafminderungsgrund bei der Strafzumessung in Betracht kommen.

Diese Sätze, so wie sie in mehreren neueren Strafgesetzbüchern Platz fanden [4]), sind in die nachfolgenden Entwürfe, im Wesentlichen auch in den des Jahres 1853, Art. 284, übergegangen. — Von Ref. II [5]) wurde indessen die strafaufhebende Wirkung der thätigen Reue entschieden bekämpft, weil nach allgemeinen Prinzipien des Strafrechtes die der Vollendung des Deliktes nachfolgende Reue keinen Einfluß auf die Schuld haben könne, weil kein Zusammenhang bestehe zwischen der civilrechtlichen Klagestellung des Beschädigten und der Sühne des öffentlichen Rechtsbruches, weil endlich erfahrungsgemäß die freiwillige Ersatzleistung nur dann vorkomme,

---

[1]) Regbl. d. J. S. 145 f.

[2]) Nach dem Vorgange des österreich. GB. §. 187.

[3]) Auf Unterschlagung und Betrug hat das Gesetz die Wirkung der thätigen Reue nicht ausgedehnt. Die Praxis nahm keinen Anstand, die Bestimmung auch bei der Unterschlagung anzuwenden: die Ausdehnung auf den Betrug war bestritten. Bl. f. RA. XIV S. 292; Dr. Gotthelf daselbst Bd XX S. 289.

[4]) Als Strafaufhebungsgrund gilt die Bethätigung der thätigen Reue durch vollständigen Ersatz außer nach Oesterreich. StG. § 187, bei Diebstahl und Veruntreuung: nach k. Sächsischem StGB Art. 296 und 297 bei Diebstahl, Erpressung, Betrug, Unterschlagung, Verpfändung fremder Sachen, Fund-Unterschlagung, Partirerei; bei dem ausgezeichneten Diebstahle und der mit dessen Strafe bedrohten Verbrechen soll er nur zu Strafmilderung führen. Desgleichen nach dem Braunschweigischen StGB. § 243 bei Diebstahl, Unterschlagung, Betrug, Benützung fremder Sachen, vorausgesetzt bei dem Diebstahle, daß er ein solcher ist, dessen Strafe sich nach dem Werthe bestimmt.

[5]) Ref. II, 1, S. 400. — Verh. II, 1, Bd. 2 und 3 S. 113 f.

wenn sich der Dieb für entdeckt halte, und die ganze Bestimmung daher nur als Aufforderung zu dem Wagnisse des Diebstahles wirken könne.

Diese Gründe führten denn auch in den Verhandlungen des GGA. II zur Ablehnung der Sätze des Entwurfes und damit des älteren dießrheinischen Rechtes. Sie wurden jedoch von dem revidirten Entwurfe v. J. 1860, Art. 294, gleichwohl reproduzirt. Ref. II fand sich hiedurch zu einer erneuten Prüfung der dem Schadensersatze überhaupt zukommenden rechtlichen Wirkung angeregt. Von dem Gedanken ausgehend, daß Alles, was die Reue und die Bemühung des Thäters, sein Unrecht möglichst wieder gut zu machen, beweist, — eine Milderung der Strafe zu begründen geeignet sei, und von dem Bestreben geleitet, das prinzipiell aufgegebene System der mildernden Umstände durch Einzelbestimmungen möglichst zu ersetzen, — kam Ref. zu seinem Vorschlage, der nach Vollendung des Deliktes freiwillig bewirkten Leistung des Schadensersatzes ganz im Allgemeinen, nur mit Vorbehalt bestimmter Kategorien von Delikten, eine strafmildernde Wirkung einzuräumen. Der Vorschlag erhielt die Genehmigung beider Gesetzgebungsausschüsse und ist in der Fassung seines Urhebers in das StGB. Art. 74 übergegangen [6]).

Es ist jetzt der Umfang dieses Strafmilderungsgrundes, dann dessen Erfordernisse und Wirkung genauer festzustellen.

§. 2. Erläuterung des Artikels. 1) Die Sphäre der Geltung des Strafmilderungsgrundes des Schadensersatzes.

Der Strafmilderungsgrund des Schadensersatzes greift bei allen strafbaren Handlungen Platz, durch welche dem Anderen eine Vermögensbenachtheiligung zugefügt ist, vorausgesetzt, daß nicht bei der Handlung eine Verletzung, Vergewaltigung, Gefährdung oder Bedrohung einer Person oder ein sonstiger Angriff auf eine solche stattgefunden hat.

Mit dem letzteren Vorbehalte ist somit prinzipiell keine Kategorie von Delikten ausgeschlossen. Der Milderungsgrund ist nicht nur solchen Delikten zugänglich, welche auf unrechtmäßige Bereicherung abzielen, wie Dieb-

6) Auch in anderen neueren StGB. ist dem Schadensersatze die Wirkung der Strafmilderung beigelegt, aber nur bei Diebstahl, und meist noch bei Unterschlagung und Betrug. Vgl. Württemb. StGB. Art. 342, 350, 360; Bad. §. 395; Hess. Art. 376; Hannov. Art. 299, vgl. 384, 396. Das Preuß. StGB. §. 216 bezw. d. Novelle vom 14. April 1856 läßt bei allen Graden von Diebstahl die Feststellung mildernder Umstände und auf Grund derselben eine bedeutende Herabsetzung der ordentlichen Strafe zu.

stahl, Unterschlagung, Betrug, rechtswidrige Vorenthaltung fremder Sachen, widerrechtliche Wegnahme eigener Sachen zum Nachtheile Berechtigter; oder welche einen direkten absichtlichen Eingriff in eine fremde Vermögenssphäre enthalten, wie Beschädigung fremder Sachen, Brandstiftung, strafbarer Eigennutz, unbefugte Anmaßung und Verletzung fremder Geheimnisse. Der Milderungsgrund hat auch bei solchen Delikten Anwendung, welche von einem höheren Gesichtspunkte aus als dem eines bloßen Eingriffes in die fremde Privatrechtssphäre strafbar sind, welche vielmehr als Verletzung der Interessen der bürgerlichen Gesellschaft aufgefaßt sind, wie der Meineid, Fälschung oder Unterdrückung von Beweismitteln, Bruch des Haus- oder des öffentlichen Friedens ohne Angriff auf eine Person; ebenso bei jenen, welche eine unmittelbare Richtung gegen den Staat, seine Ordnungen und Organe haben, oder welche als Verletzung öffentlicher Berufspflichten erscheinen, wie Amtsuntreue, Verkürzung öffentlicher Gefälle u. dgl. [7]).

Nur bei jenen strafbaren Handlungen ist grundsätzlich die Berücksichtigung des Milderungsgrundes des Schadensersatzes ausgeschlossen, welche eine Verletzung, Vergewaltigung, Bedrohung, Gefährdung oder einen sonstigen Angriff auf die Person enthalten, somit bei Tödtung, Körperverletzung, Raub, Erpressung, Gefangennahme, erzwungene Entführung, Menschenraub, Widersetzung, Aufstand gegen die Obrigkeit u. dgl. Denn in solchen und ähnlichen Fällen kann auch durch vollständigen Schadensersatz das durch den Angriff auf die Person zugefügte Unrecht nicht wieder gutgemacht werden, sei es auch, daß letzteres nach der Absicht des Thäters nur das untergeordnete Moment bei seiner That gebildet hat. —

Die Bestimmung des Art. auf dolose Rechtsverletzungen zu beschränken, ist kein Grund. Er findet nach dem Grunde des Gesetzes eben so auch Anwendung auf Vermögensbenachtheiligung durch fahrlässige Delikte.

§. 3. Forts. 2) Erfordernisse der Schadensersatzleistung [8]).

Soll dem nach Verübung des Deliktes geleisteten Schadensersatze strafmildernde Wirkung zukommen, so muß derselbe

von dem Thäter,
in gehöriger Weise,
vollständig und
freiwillig
geleistet sein.

[7]) Weis, Komm. I S. 212; Hocheder, Komm. S. 367.

[8]) Vgl. Held, über den Ersatz als Strafmilderungsgrund, in d. n. Jahrb. f. Sächs. Strafr. u. s. w. II S. 257.

Diese Bedingungen der strafmildernden Wirkung des Schadensersatzes sind jetzt im Einzelnen genauer zu betrachten.

1) Daß die Ersatzleistung durch den Thäter nach Verübung der strafbaren That[9]) bewirkt sein muß, folgt eben so aus den Worten wie aus dem Grunde der gesetzlichen Bestimmung. Denn nicht die objektive Thatsache, daß der Verletzte irgendwie zu der ihm entzogenen Sache oder sonst zum Ersatze des erlittenen Schadens wieder gelangt, bedingt eine mildere Beurtheilung seiner Schuld, sondern nur seine eigene, aus freiem Antriebe hervorgegangene, auf Ausgleichung des von ihm verursachten Schadens selbstthätig und erfolgreich gerichtete Bemühung. —

Es kann daher vor allem von dem Milderungsgrunde des Schadensersatzes dann nicht die Rede sein, wenn der Beschädigte die Gutmachung des erlittenen Schadens lediglich einem Zufalle zu danken hat, — z. B. wenn der Bestohlene die gestohlene Sache unversehrt in ihrem Verstecke findet, oder wenn das entwendete Thier seinem Herren wieder zugelaufen ist; eben so wenig, wenn die entwendete Sache dem Diebe bei der Verfolgung oder Haussuchung abgenommen wurde.

Auch die Ersatzleistung durch einen Dritten kann dem Schuldigen nur dann und nur in so weit zu Gute kommen, wenn und so weit sie durch letzteren selbst veranlaßt und verursacht ist, — somit wenn der Dritte im Auftrage als Stellvertreter des Schuldigen oder doch auf unmittelbare Anregung des letzteren gehandelt hat[10]). — Fehlt es an dieser ursachlichen Vermittlung, so kann es dem Thäter nichts helfen, wenn gleich ein Dritter für ihn den Schaden erstattet hat, sei es auch, daß derselbe als Mitschuldiger[11]) oder als gesetzlicher Vertreter zu dem Thäter in einem besonderen Verhältnisse steht. Was namentlich das letztere Verhältniß betrifft, so ist zu dessen Gunsten von der allgemeinen Regel, daß die Gutmachung des Vermögensnachtheiles auf das

---

9) Bei dem Versuche findet der Milderungsgrund des Art. 74 seiner Beschaffenheit nach nur in soferne Statt, als durch die Versuchshandlung bereits einem Anderen eine Vermögensbenachtheiligung zugefügt ist.

10) Ist dieses der Fall, so bleibt es gleich, ob der stellvertretende Dritte den Ersatz nur vorschußweise vorbehaltlich seines Rückanspruches gegen den vertretenen Thäter oder ob er ihn ohne solchen Vorbehalt mit Aufopferung eigenen Vermögens oder eigener Rechte an den verwendeten Gegenständen für den Schuldigen geleistet hat, — wie wenn der Vater auf Bitten des schuldigen Sohnes den Ersatz aus seinen eigenen Mitteln oder aus den seinem Nießbrauche unterstehenden Adventitien des Sohnes bestreitet.

11) Ueber die Ersatzleistung beim Dasein von Mitschuldigen s. unten S. 542.

eigene Verdienst des Thäters zurückzuführen sei, keine Ausnahme gemacht. Der von dem Vormund für den zurechnungsfähigen Mündel bewirkte Schadensersatz kömmt daher letzterem nur dann zu Gute, wenn der erstere auf die besondere Bitte oder sonstige Anregung des Mündels gehandelt hat. —

Dieselbe ratio legis bringt es mit sich, daß die Gutmachung des Schadens durch eine der Verübung des Deliktes nachfolgende Thätigkeit des Schuldigen bewirkt sein muß. Es ist daher keine Strafmilderung gegeben, wenn die Ersatzleistung einer von dem Thäter vorher aufgerichteten Diensteskaution entnommen wird; denn sie beruht hier auf einem von des Thäters Willen ganz unabhängigen juristischen Vorgange, — der Einziehung des hinterlegten Baarbetrages, des Zugriffes auf das Pfand oder den Bürgen u. dgl.

2) Als zulässige Modalität der Schadenausgleichung bezeichnet das Gesetz

Zurückgabe der durch das Delikt entzogenen Sache,

Ersatz,

Verzicht auf die durch die strafbare Handlung erworbenen Rechte, — ohne Aehnliches auszuschließen.

Gleich steht der Ersatzleistung die Zurückweisung der realen Oblation derselben, Abs. 2 des Art.

Hiezu Folgendes:

a) Der Verzicht „auf die durch die strafbare Handlung erworbenen Rechte“ von Seite des Thäters stellt sich als das geeignete Mittel des Schadensersatzes dann dar, wenn die Benachtheiligung des Verletzten darin bestand, daß derselbe — wie dieses beim Betruge vorkommen kann — eine Verbindlichkeit eingegangen ist oder daß er Eigenthum oder ein dingliches Recht an seiner Sache oder eine Forderung übertragen hat. — Der einfache Verzicht i. e. S. d. W. kann aber nur dann genügen, wenn die Benachtheiligung lediglich in der Uebernahme einer Verbindlichkeit oder in der Einräumung eines jus in re aliena bestand. War in Folge der strafbaren Handlung Eigenthum oder Forderung auf den Thäter übertragen, so muß die Rückübertragung hinzukommen. Daß hiebei die nach Civilrecht erforderlichen Formen beobachtet sein müssen, ist selbstverständlich. Ob aber der Verzicht bezw. die Rückübertragung ausreichend sei, um die erlittene Benachtheiligung vollkommen auszugleichen, – ist nach Ziff. 3 (S. 539) zu bemessen.

b) Was als „ähnliche“ Modalität des Schadensersatzes zu würdigen kömmt, muß nach den besonderen Umständen und Verhältnissen beurtheilt werden.

Der Rückerstattung der entwendeten Sache wird es gleich stehen, wenn

der Thäter den Ort, wo die Sache versteckt liegt, dem Bestohlenen anzeigt und ihn damit in Stand setzt, die Sache sofort in Besitz zu nehmen.

Hat der Verletzte, etwa in Folge eines Betruges, auf ein ihm zustehendes Recht Verzicht geleistet, so gehört zur Schadloshaltung desselben jedenfalls die Wiederherstellung dieses Rechtes.

Auch durch Kompensation (Aufrechnung) und Hingabe an Zahlungsstatt wird nach Umständen der Schaden wieder gut gemacht werden können.

c) Der wirklichen Ersatzleistung steht es gleich, wenn dieselbe dem Beschädigten thatsächlich dargeboten (realiter offerirt), von ihm aber zurückgewiesen ist. Zur thatsächlichen Darbietung (realen Oblation) gehört es, daß der Thäter dem Verletzten die unmittelbare Möglichkeit gewährt, die ihm entzogene Sache oder die Ersatzsumme an sich zu nehmen, daß er sie dem Verletzten in der Weise zur Verfügung stellt, daß letzterer nur zuzugreifen braucht, um zur wirklichen Befriedigung zu gelangen[12]).

Aus welchem Grunde der Beschädigte die gehörig dargebotene Ersatzleistung zurückweist, ist nach dem Gesetze gleichgiltig[13]).

Nicht hinreichend ist es somit zur Gewinnung des Milderungsgrundes, daß der Thäter dem Verletzten seine Bereitwilligkeit zur Ersatzleistung zu erkennen gibt, oder daß er ihm in förmlicher Weise selbe zusichert, sei es auch, daß sich der Verletzte hiemit zufrieden erklärt. Denn das Gesetz stellt nur die reale Oblation der wirklichen Schadloshaltung gleich.

Auch der gerichtlichen Hinterlegung der entzogenen Sache oder des Ersatzes durch den Thäter kann nicht die Wirkung der Letzteren beigelegt werden. Nur dann, wenn dem Thäter die thatsächliche Darbietung unmöglich war, — wenn ihm die Person des Beschädigten unbekannt war[14]), oder wenn er sich vergebens bemüht hat, dessen Aufenthaltsort ausfindig zu machen, u. dgl., — wird man die gerichtliche Hinterlegung eben so wie die reale Oblation wirken lassen müssen, weil außerdem gegen die offenbare Absicht des Gesetzes der Thäter in solchen Fällen beim besten Willen ohne seine Schuld von der Wohlthat des Milderungsgrundes ausgeschlossen wäre.

3) Die Schadloshaltung des Verletzten muß eine vollständige sein. Vollständig ist dieselbe aber nur

---

[12]) Madai, Mora §. 37. — Mommsen, Beitr. z. d. ObligR. III §. 15 f. — Windscheid, Pandekten II §. 345.

[13]) Seines civilrechtlichen Ersatzanspruches wird der Verletzte durch diese Zurückweisung nach allgemeinen Grundsätzen nicht verlustig. Wie ferne er durch dieselbe in den Verzug der Annahme (mora accipiendi) kömmt, ist nach civilrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen. Arndts, Pand. §. 251; Windscheid II §. 345, 346.

[14]) Man denke an einen Taschendiebstahl u. dgl.

dann, wenn durch sie der ganze Vermögensnachtheil, welcher durch die strafbare Handlung Anderen, und zwar bis zur Zeit der Ersatzleistung, verursacht ist, ausgeglichen wird.

Bei Bemessung der Ersatzleistung kömmt daher nicht nur jener Nachtheil in Betracht, welcher als die nächste und unmittelbare Folge der beschädigenden Handlung sich ergibt, sondern überdies auch derjenige, welcher nur mittelbar durch Zusammentreffen besonderer Umstände und Verhältnisse für den Verletzten daraus entsprungen ist; nicht minder die erweisliche Vereitlung einer Vermögensvermehrung, welche sonst dem Verletzten sicher zugegangen wäre (lucrum cessans oder interceptum), mit einem Worte: das ganze volle Interesse des Beschädigten (quanti ejus interest), wie es nach den Grundsätzen des Civilrechtes zu berechnen ist [15]).

Hienach ist zu beurtheilen, wieferne in der Zurückgabe der dem Verletzten durch die strafbare That entzogenen Sache für sich allein eine ausreichende Schadloshaltung gefunden werden kann. Dieses wird nur dann der Fall sein, wenn sich die Sache in unversehrtem Zustande befindet, und wenn nicht dem Verletzten aus der Entbehrung ihres Besitzes mittlerweile ein nachweisbarer anderweitiger Vermögensnachtheil zugegangen ist. Wird die Sache in beschädigtem Zustande zurückgegeben, oder hat in Folge der Besitzentziehung der Verletzte einen selbständigen Vermögensnachtheil erlitten (z. B. durch Entbehrung der Früchte und Nutzungen), so ist der ganze „aus der Handlung entsprungene Schaden" nur dann gut gemacht, wenn der Beschädigte noch überdies eine angemessene Geldentschädigung erlangt. — Eben so wird, wenn es sich um Geldentschädigung wegen Zerstörung, Werthminderung, Entziehung von Sachen handelt, in den seltensten Fällen der Anschlag des gemeinen Werthes (die vera rei aestimatio, das verum rei pretium) hinreichen, indem noch der Mehrwerth, wie er sich nach den individuellen Verhältnissen des Beschädigten ergibt [16]), hinzuzurechnen ist. —

Ist durch das Delikt außer demjenigen, gegen welchen die strafbare Handlung ihre unmittelbare Richtung genommen hat, noch ein Dritter verletzt [17]), so gehört zum Ersatze des „ganzen aus der Handlung entsprungenen Schadens" auch die Schadloshaltung dieser dritten Personen. —

Nach diesen Anhaltpunkten hat der Richter zu würdigen, ob voller Schadensersatz geleistet ist. — Die im gemeinen Rechte und in partikularen

---

[15]) Puchta, Pandekten §. 225 und dazu die Vorlesungen; Arndts §. 206; Seuffert II §. 236; Windscheid II §. 257.

[16]) Nicht zu verwechseln mit dem auch hier nicht weiter in Anschlag kommenden Affektionswerthe.

[17]) Z. B. durch Brandstiftung ist nicht nur der Eigenthümer des Hauses, sondern sind auch die Inwohner desselben an Hab und Gut beschädigt.

Civilgesetzbüchern angeordnete Beschränkung, daß das Interesse nie höher angesetzt werden soll, als auf das Doppelte des sicheren Werthes des Gegenstandes, welcher in obligatione ist, kann nicht hieher bezogen werden; sie geht nur auf den Fall, wenn das Interesse wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung einer Verbindlichkeit zu leisten ist.

4) Die Ersatzleistung muß endlich in dem Sinne eine freiwillige, dem eigenen Antriebe des Thäters entsprungene sein, als sie nicht unter dem Einflusse einer äußeren Nöthigung erfolgt sein darf. Sie muß bewirkt werden, „ehe noch der Thäter wegen der Handlung ergriffen, verfolgt oder bedrängt, oder von Seite der Obrigkeit oder ihrer Diener zur Rede gestellt wurde“ [18]).

a) Ob die Ergreifung oder Verfolgung von den Organen oder Dienern der öffentlichen Gewalt im Wege der Verhaftung oder der Nacheile, oder ob sie durch den Beschädigten oder durch andere Privatpersonen bethätigt wird, ist nach Wort und Gedanken des Gesetzes gleichgiltig [19]).

Hat daher der auf der That oder auf der Flucht davon ergriffene oder verhaftete Thäter die entwendete Sache weggeworfen u. dgl., so ist damit, auch wenn sie der Verletzte sofort an sich genommen, eine Strafmilderung nicht begründet, weil hier eine äußere Nöthigung obgewaltet.

b) Bedrängt wegen der That ist der Thäter, wenn er mit gerichtlicher Anzeige oder Verfolgung bedroht oder wenn ihm in anderer Weise die Annahme nahegelegt wird, daß dieselbe bevorstehe [20]). Die bloße Aufforderung, die Sache herauszugeben, ist keine Bedrängung.

c) Die Zuredestellung wegen der That steht der Verfolgung u. s. w. nur dann gleich, wenn sie von der Obrigkeit oder deren Diener ausgeht. Es gehört dazu, daß der Thäter als der That verdächtig unter Vorhalt der bestimmten Beschuldigung angesprochen oder vernommen wird. So lange dieses nicht der Fall, wird durch die Anzeige oder den Strafantrag an das

---

[18]) Nach dem Entw. v. J. 1853 Art. 284.
Es sollen durch diese engere und schärfere Abgränzung der Voraussetzungen, unter welchen thätige Reue wirkt, die Uebelstände, zu welchen die weiter gehenden Bestimmungen des früheren Rechtes führten, beseitigt werden.
Die neueren GG. lassen die thätige Reue meist zu bis zum Beginne der Untersuchung gegen den Thäter: s. bayer. BO. v. 26. März Art. XI; Hannov. Art. 299; Braunschw. §. 243; Baden §. 395. — Oesterreich. GB. §. 187: bis dahin, wo das Gericht oder eine andere Obrigkeit das Vergehen erfährt; Württemb. Art. 342: bis zur Erstattung einer beschuldigenden Anzeige; s. Sächs. StGB. Art. 296: so lange sich der Thäter noch nicht für entdeckt hielt u. s. w.

[19]) Hocheder, Komm. S. 371.

[20]) Hocheder a. a. O.: „wenn der Thäter in eine Lage versetzt ist, wonach er nicht mehr hoffen kann, den Händen der Strafjustiz zu entgehen.“

Gericht oder auch durch Eröffnung der Untersuchung, Augenscheinseinnahme oder Zeugenvernehmung, die mildernde Wirkung der Ersatzleistung nicht ausgeschlossen. Eben so wenig durch Zurebestellung des Thäters von Seite des Beschädigten oder einer anderen Privatperson, vorausgesetzt, daß er damit nicht als bedrängt erscheint.

§. 4. Forts. Schadensersatz bei dem Dasein von Mit- und Nebenschuldigen.

1) Die Wohlthat des Art. 74 können sich schon nach dessen Wortlaut auch die Mitthäter zuwenden. Eben so aber auch die Theilnehmer, die Begünstiger[21]), Hehler und diejenigen, welche sich einer strafbaren Unterlassung der Anzeige des bevorstehenden oder bereits verübten Deliktes schuldig gemacht haben; denn soferne sie sich an der strafbaren Hauptthat betheiligen, sind sie auch an der durch die letztere bewirkten Vermögensschädigung betheiligt, müssen sonach auch zur Ersatzleistung mit der Wirkung des Art. 74 zugelassen werden[22]).

Der Betrag des zu leistenden Ersatzes fällt bei dem Mitthäter und dem Theilnehmer durch Anstiftung jedenfalls zusammen mit dem durch die Hauptthat dem Anderen verursachten Vermögensnachtheile. Aber auch der Theilnehmer durch Hilfeleistung wird nur durch Ersatz des letzteren die Strafmilderung des Art. 74 gewinnen können, da zwischen ihm und dem Thäter eine Solidarität der Schuld und eben so auch eine solidarische Verbindlichkeit für Schadensersatz und Kosten besteht[23]). Wie sich dagegen die Ersatzleistung von Seiten der oben erwähnten Nebenschuldigen als Bedingung unseres Milderungsgrundes gestalte, ist nach den besonderen Umständen des Falles zu bemessen. Läßt sich von dem durch die Hauptthat dem Verletzten zugefügten Schaden ein bestimmter Theil als ein solcher ausscheiden, welcher durch die Thätigkeit des Begünstigers u. s. w. als solche und für sich allein verursacht oder mitverursacht ist[24]), so genügt es, wenn der Begünstiger diesen Theilbetrag des ganzen vom Verletzten erlittenen Schadens

[21]) Da für die Bestrafung der Begünstigung als solcher ein Strafminimum überhaupt nicht festgesetzt ist, so hat für sie unser Milderungsgrund nur in sofern eine Bedeutung, als im besonderen Theile des StGB. die Begünstigung gewisser strafbarer Handlungen als eigener Reat und mit höherer Strafe bedroht ist, wie namentlich bei der Hehlerei, Art. 308. — Hocheder S. 370.

[22]) Hocheder a. a. O.

[23]) StGB. Art. 52, 66.

[24]) Z. B. wenn der Begünstiger oder Hehler nur einen Theil der entwendeten Sachen verborgen oder bei Seite geschafft hat.

gutmacht, um ihm die Anwendbarkeit des Art. 74 zu verschaffen. Läßt sich eine solche Ausscheidung nicht machen, so kann er sich nur durch Erstattung des ganzen vollen vom Verletzten erlittenen Schadens eine Strafmilderung erwerben 25).

2) Den Mit- und Nebenschuldigen muß auch dann nachgelassen sein, sich durch Leistung des Schadensersatzes eine Strafmilderung zu verdienen, wenn ihr Bewußtsein und Wille nur auf die Betheiligung an einem solchen Delikte gerichtet war, bei welchem die Strafmilderung des Art. 74 zugelassen ist, während der Thäter eine solche Rechtsverletzung begangen hat, wo die Anwendbarkeit des Art. 74 ausgeschlossen ist 26).

3) Es besteht kein Hinderniß, daß Mehrere, welche sich hinsichtlich eines und desselben Delictes strafrechtlich verantwortlich gemacht haben, den Schadensersatz gemeinschaftlich leisten. In diesem Falle kann bei ihnen allen die Strafe nach Art. 74 gemildert werden 27), da der Schadensersatz seinem Wesen nach nur einmal geleistet werden kann und jedem das Verdienst seiner Leistung zukömmt 28).

Hat nur einer der Betheiligten die Ausgleichung des Vermögensnachtheiles bewirkt, so kömmt dieses den übrigen nicht zu Statten, da nach allgemeinen Grundsätzen der in der Person des einen begründete Milderungsgrund den übrigen Mitschuldigen u. s. w. nicht zum Vortheil gereicht 29). —

Wie aber, wenn bei bereits durch den einen bewirkter vollständiger Ersatzleistung der andere gewillt und bereit ist, auch seinerseits den Schaden zu ersetzen, um sich den Milderungsgrund des Art. 74 zuzuwenden 30)? Es ist kein Grund vorhanden, in solchem Falle

---

25) So bestimmt auch das österreich. StGB. §. 187, daß es bei der Theilnahme an einem Diebstahle u. s. w. — zur Befreiung hinreicht, wenn der Theilnehmer den ganzen aus seiner Theilnehmung entstandenen Schaden, insoferne sich dieser Antheil erheben läßt, gut gemacht hat.

26) A ersucht den B, ihn bei Ausübung eines Diebstahles in dem Hause durch Wachestehen zu unterstützen. B thut dieses, A verübt aber in dem Hause, ohne daß es B weiß oder wissen kann, einen Raub. — Hier ist A von dem Milderungsgrunde des Schadensersatzes ausgeschlossen, während B zu demselben zuzulassen ist. — S. Weiß, Komm. I S. 214.

27) Uebereinstimmend Hocheder, Komm. S. 370.

28) K. Sächs. StGB. Art. 297: Haben mehrere Theilnehmer oder Begünstiger bei dem Verbrechen zu dessen Ersatz mitgewirkt, so soll er einem jeden derselben zum vollen Betrage des von ihnen insgesammt Ersetzten — angerechnet werden.

29) S. oben S. 387. — Vgl. k. Sächs. StGB. Art. 297 Abs. 2.

30) Das k. Sächs. StGB. a. a. O. läßt dann, wenn der Ersatz vollständig von einem oder einigen der Mitschuldigen u. s. w. geleistet ist, diesen Ersatz be

den Abs. 2 unseres Art. für unanwendbar zu erklären. Hat der andere Mitschuldige den vollen Schadensersatz dem Beschädigten thatsächlich dargeboten und wird er von dem letzteren abgelehnt, weil er ihn bereits erhalten hat, so ist dieses der geschehenen Ersatzleistung gleich zu stellen: d. h. der Richter ist auch in einem solchen Falle berechtigt, nach Erwägung aller Umstände eine Strafmilderung eintreten zu lassen [31]).

§. 5. Forts. 3. Wirkung des Schadensersatzes.

Der Milderungsgrund des Schadensersatzes unterscheidet sich von anderen allgemeinen und besonderen gesetzlichen Milderungsgründen darin, daß beim Vorhandensein desselben der Strafrichter nicht verpflichtet, sondern nur ermächtigt ist, von der ordentlichen Strafe abzugehen. Er kann trotz des vollständigen Ersatzes auch auf das Maximum der ordentlichen Strafe erkennen. Es soll dem Richter freie Hand gelassen werden, das Verhältniß der Schadenszufügung zu der in der That enthaltenen Gesammtverschuldung zu würdigen, und die Strafmilderung trotz der Ersatzleistung da abzulehnen, wo die Vermögensbenachtheiligung sich als ein ganz untergeordnetes Moment der verübten Rechtsverletzung darstellt [32]).

Im Zusammenhange mit der nur fakultativen Wirkung unseres Milderungsgrundes wollte Ref. II (a. a. O.) anfänglich auch die thatsächliche Würdigung und Feststellung desselben dem Strafrichter anheim geben. In seinem Vortrage zu dem Einführungsgesetze [33]) beantragte indeß Ref. II, die Entscheidung über das Gegebensein des Milderungsgrundes den Geschworenen zuzuweisen, und den Präsidenten des Schwurgerichtes auch hier zu der Stellung einer besonderen Frage an die Geschworenen zu verpflichten, wenn dieselbe im Laufe der Verhandlung beantragt war. — Diese Sätze gingen denn auch unverändert in das Einf.-Ges. Art. 22 über. —

Als Gränze der zulässigen Herabsetzung der Strafe ist die Hälfte des niedrigsten Maßes der angedrohten Strafe vorgesteckt.

übrigen gleichfalls zu Statten kommen, wenn sie zu einer Zeit, wo sie sich noch nicht für entdeckt hielten, ihre Theilnahme an dem Verbrechen freiwillig entweder gegen den Beschädigten oder bei Gericht eingeräumt haben.

[31]) Sache des Richters wird es sein, zu prüfen, ob die nachträgliche Darbietung eine ernstlich gemeinte oder nur eine simulirte war. In letzterem Falle wird er einfach von seinem Milderungsrechte keinen Gebrauch machen.

[32]) Ref. II in d. Verh. d. GSA. II, 18⁵⁹/₆₁, Beil.-Bd. II S. 56. — Als Beispiele sind dort der Aufstand (ohne Angriff auf Personen) und die Fällung eines ungerechten Urtheiles durch den Richter erwähnt. — S. auch Hocheder, Komm. S. 372.

[33]) Verh. a. a. O. Beil.-Bd. II S. 309.

Treffen mit dem Milderungsgrunde des Schadensersatzes andere selbstständige gesetzliche Milderungsgründe zusammen, so ist die gedrohte gesetzliche Strafe, bis zu deren Hälfte der Richter herabgehen darf, die nach Maßgabe jener Milderungsgründe herabgesetzte Strafe.

Liegt ein Fall der Theilnahme oder des Versuches vor, oder handelt es sich um ein Delikt, bei welchem die Annahme eines leichteren Falles zugelassen ist, so ist die gedrohte Strafe diejenige, welche der Richter für den Fall — abgesehen von dem Hinzukommen des Milderungsgrundes des Schadensersatzes — als die angemessene erachtet [34]). —

Die unvollständige eben so wie die zu spät bewirkte volle Ersatzleistung kann nur bei der Strafzumessung in Betracht kommen. Dieses gilt namentlich auch bei jenen Delikten, für deren Strafbarkeit die Quantität der Verletzung ein bestimmendes Moment ist. Bei der Strafausmessung darf nicht etwa der Betrag des geleisteten Ersatzes von dem Betrage der durch das Delikt verursachten Beschädigung u. s. w. abgezogen werden; wer 1100 Gulden gestohlen und 200 ersetzt hat, ist wegen Verbrechens des Diebstahles von 1100 Gulden zu verurtheilen, nicht wegen Vergehens des Diebstahles von 900 Gulden [35]).

Art. 75.

So oft unter Anwendung der Art. 68, 73 oder 74 eine Gefängnißstrafe wegen einer Handlung ausgesprochen wird, mit deren ordentlicher Strafe die im Art. 28 bezeichneten Folgen kraft des Gesetzes eingetreten oder durch richterlichen Ausspruch zu verbinden gewesen wären oder hätten verbunden werden können, bleibt es, soferne im Gesetze nicht ein Anderes bestimmt ist, dem Ermessen der Gerichte anheimgegeben, ob jene Folgen oder welche derselben gegen den Verurtheilten einzutreten haben.

---

[34]) S. oben S. 466. — Hocheder a. a. O. S. 373.

[35]) Die meisten Gesetzgebungen, welche die thätige Reue bei dem Diebstahle berücksichtigen, räumen ausdrücklich dem theilweisen Ersatze die Wirkung ein, daß bei Feststellung der Strafe, soweit sie von der Größe der Verletzung abhängt, nur auf den nicht ersetzten Betrag Rücksicht genommen werde. — K. bayer. VO. v. 25. März 1816, die Strafbestimmungen wider den Diebstahl betr., Art. XI; Hannov. Art. 299; Braunschw. §. 243; Württemb. Art. 342; Sächs. StGB. Art. 297. — Abgesehen davon bewirkt der theilweise Ersatz nach den GG., welche den vollen Ersatz als Strafaufhebungsgrund anerkennen, eine Strafmilderung.

An die Aburtheilung wegen Verbrechen ist von Rechtswegen der Eintritt rechtsmindernder und anderer nachtheiliger Folgen geknüpft; bei Vergehen ist dieses nicht der Fall, jedoch ist bei einer Reihe von Vergehen der Richter angewiesen, jene Nebenfolgen oder einzelne derselben besonders zu verhängen und bei anderen ist dieses in das Ermessen des Strafrichters gestellt [1]).

So oft nun in Anwendung eines gesetzlichen Strafmilderungsgrundes oder des dem Strafrichter eingeräumten Milderungsarbitrium statt auf Verbrechens- auf Vergehensstrafe erkannt oder bei Vergehen die Strafe gemindert wird, entsteht die Frage über den Einfluß der Strafmilderung hinsichtlich der Nebenfolgen der Verurtheilung, wie diese in Art. 28 und f. aufgeführt sind.

Ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen hierüber finden sich an verschiedenen Stellen des GB., jedoch nur hinsichtlich der im Art. 28 verzeichneten, eine Rechtsminderung enthaltenden Nebenfolgen. Daß diese Folgen bei dem Versuche und der Theilnahme auch dann eintreten sollen, wenn der Strafrichter in Anwendung seines Milderungsrechtes statt der Zuchthausstrafe Gefängnißstrafe verhängt, ist in Art. 49 Abs. 3 und Art. 55 Abs. 3 bestimmt [2]); welchen Nebenfolgen jugendliche zurechnungsfähige Uebertreter unter sechzehn Jahren unterliegen sollen, ist in Art. 78 Abs. 1 und 2 besonders vorgesehen [3]). — Welchen Einfluß die Strafmilderung wegen geminderter Zurechnung, Exzeß der Nothwehr, Schadensersatzes auf die Verhängung der in Art. 28 aufgeführten Ehrenfolgen haben soll, ist in Art. 75 bestimmt.

Der Artikel, — im Wesentlichen dem Entw. v. J. 1853 Art. 85 entnommen, [4]) — ermächtigt den Strafrichter, so oft er wegen Verbrechens oder wegen eines solchen Vergehens, bei welchem die Verhängung der Nebenfolgen gesetzlich vorgeschrieben oder zugelassen ist, in Folge des gesetzlichen Strafmilderungsgrundes der geminderten Zurechnung oder des Exzesses der Nothwehr oder des Schadensersatzes auf Gefängnißstrafe erkennt, nach seinem freien Ermessen die Ehrenfolgen des Art. 28, sämmtliche oder theilweise, zu verhängen oder aber gänzlich davon Umgang zu nehmen.

Hiezu kann Folgendes bemerkt werden.

---

[1]) S. oben S. 164, 169. 181, 195, 200, 203.

[2]) S. oben S. 248, 326.

[3]) Die in Art. 28 bezeichnete Rechtsminderung soll niemals über sie verhängt werden; der Stellung unter Polizeiaufsicht und der Verwahrung unterliegen sie unter bestimmten Voraussetzungen bezw besonderen Modalitäten.

[4]) Nur die in Bezug genommenen Strafmilderungsgründe sind theilweise andere, und der Vorbehalt abweichender besonderer gesetzlicher Bestimmungen fehlt.

1) Das freie Ermessen hinsichtlich der Verhängung der Straffolgen des Art. 28 steht dem Strafrichter in allen Fällen zu, wo er unter den Voraussetzungen des Art. 75 auf Gefängnißstrafe erkennt. — Er hat somit dieses Ermessen nicht nur dann, wenn er, in Zuerkennung der Gefängnißstrafe in einer bestimmten Dauer, unter das Minimum der gesetzlichen ordentlichen Strafe des vorliegenden Reates heruntergeht, — wie dieses der Fall ist, wenn er bei Verbrechen die Verbrechensstrafe in Gefängnißstrafe mildert oder wenn er in Vergehensfällen, für welche die gesetzliche ordentliche Strafe mit einem bestimmten Strafminimum angesetzt ist, unter dieses Minimum herabgeht. Der Richter hat dasselbe Ermessen auch bei jenen Vergehen, bei welchen die Verhängung der Straffolgen des Art. 28 oder einzelner derselben geboten oder gestattet ist [5]), ohne daß sich eine besondere Minimalgränze der Gefängnißstrafe vorgezeichnet findet [6]), bei welchen somit die Strafmilderung von der Strafminderung formal nicht unterschieden ist, — sobald nur das Heruntergehen unter die Hälfte des höchsten Maßes der angedrohten Strafe [7]), bezw. der Strafansatz unter dem Maximum der gesetzlichen Strafdrohung auf Grund der Annahme eines gesetzlichen Strafmilderungsgrundes erfolgt [8]). —

Eine Ausnahme von der Regel des Art. 75 ist bei dem Verbrechen der Amtsuntreue vorgeschrieben. Ist der Beamte, in Folge geleisteten Schadensersatzes, wegen Verbrechens der Amtsuntreue nur in eine Gefängnißstrafe verurtheilt, so sollen gegen ihn die Straffolgen des Art. 28 schlechthin verhängt werden [9]).

2) Die dem Strafrichter in Art. 75 für den Fall der Zuerkennung einer Gefängnißstrafe hinsichtlich der Straffolgen des Art. 28 eingeräumte

---

[5]) Der Entw. v. J. 1860, Art. 70, hatte die fragliche Ermächtigung des Strafrichters zur Verhängung der Straffolgen des Art. 28 auf den Fall beschränkt, wenn unter den bestimmten Voraussetzungen eine Gefängnißstrafe wegen einer Handlung erkannt wird, mit deren ordentlicher Strafe die in Art. 29 (jetzt 28) bezeichneten Folgen kraft Gesetzes eingetreten oder durch richterlichen Ausspruch zu verbinden gewesen wären. Ref. II beantragte die Ausdehnung auf die fakultative Verbindung der Ehrenfolgen, im besonderen Hinblicke auf die nur fakultative Androhung der Straffolgen bei dem Vergehen des Diebstahles und auf die Strafmilderung wegen Schadensersatzes. Ref. II, Verh. v. J. 1859/61, Beil.-Bd. III Sitz.-Protok. S. 89.

[6]) Vgl. z. B. Art. 216, 331.

[7]) In Gemäßheit des Art. 68 Ziff. 3, welcher auch für den Exceß der Nothwehr zur Anwendung kömmt.

[8]) Hocheder a. a. O. S. 375.

[9]) Art. 286 Abs. 3.

Ermächtigung ist nach dem Grundsatze der analogen Anwendung (propter paritatem rationis legis) auch auf den Fall auszudehnen, wenn unter den Voraussetzungen des Art. 75 auf Geldstrafe erkannt ist.

Diese Ausdehnung des Wortlautes des Artikels rechtfertigt sich bei jenen Vergehen, welche alternativ mit Gefängniß- oder Geldstrafe bedroht sind, aus der nach der Intention des Gesetzgebers anzunehmenden Aequivalenz beider alternativ gebrohter Strafformen. Soll durch die eine wie durch die andere Strafform dasselbe Strafleiben verhängt werden, so ist es eine unabweisliche Forderung der Konsequenz, daß beide auch hinsichtlich der accessorischen Folgen übereins behandelt werden. Was hinsichtlich der einen Strafalternative in dieser Hinsicht ausdrücklich bestimmt ist, muß auch von der anderen, ihr dem inneren Gehalte nach gleichstehenden, gelten [10]).

Soferne aber mit der einfachen Drohung der Geldstrafe [11]) die Verhängung der Straffolgen des Art. 28 bezw. einzelner derselben in fakultativer Weise verbunden ist, oder soferne in Anwendung des Art. 68 Ziff. 3 statt auf Gefängniß- auf Geldstrafe erkannt wird, — muß die Erwägung durchgreifen, daß, was hinsichtlich der accessorischen Folgen bei der einen Form der Vergehensstrafe (Gefängniß) gilt, in so weit auch von der anderen (Geldstrafe) gelten muß, als in der beregten Beziehung kein innerer Unterschied zwischen beiden Strafdrohungen zu erkennen ist. —

Nach einer anderen Ansicht [12]) wäre „die Bestimmung des Art. 75 über die Straffolgen des Art. 28 bei dem Dasein einer der in Art. 68, 73 und 74 aufgeführten Strafmilderungsgründe als eine erschöpfende und ausschließende aufzufassen", woraus von selbst „die Unzulässigkeit folgen soll, die mit der ordentlichen Strafe verbundenen Straffolgen des Art. 28 im Falle einer unter Anwendung der oben bezeichneten Art. erfolgenden Zuerkennung einer Geldstrafe eintreten zu lassen, da das Gesetz nur allein dann, wenn unter Anwendung der bezeichneten Artikel auf Gefängnißstrafe erkannt wird, die Verhängung dieser Straffolgen dem Ermessen der Gerichte anheimgibt."

Allein die hier unterstellte Intention des Gesetzgebers ist weder aus den Worten des Artikels noch aus anderen Anhaltspunkten ersichtlich. Vielmehr

---

[10]) In den meisten Fällen, wo auf Gefängniß- oder Geldstrafe gesprochen werden kann und die Verhängung der Straffolgen des Art. 28 erwähnt ist, geschieht letzteres in fakultativer Weise; obligatorisch ist die Verhängung bei der Untreue des Vormundes u. s. w., Art. 331.

[11]) Die passive Bestechung des Beamten ist unter Umständen mit Geldstrafe bedroht, womit der Verlust des Dienstes verbunden werden kann, Art. 366 Abs. 1.

[12]) Hocheder a. a. O. S. 376.

erklärt sich die alleinige Erwähnung der Gefängnißstrafe einfach daraus, daß dieselbe das vorherrschende Strafmittel für Vergehen bildet: a potiori fit denominatio. In der unterlassenen Erwähnung der Zuerkennung einer Geldstrafe kann um so weniger die Absicht des Gesetzgebers, für diesen Fall die Straffolgen des Art. 28 absolut auszuschließen, gefunden werden, als in dem gegenseitigen Verhältnisse beider Strafarten — auch die Geldstrafe ist Vergehensstrafe — ein Grund zu solcher Ungleichheit nicht zu entdecken ist, und der innere Charakter des Deliktes derselbe bleibt. —

Wäre die analoge Ausdehnung des Art. 75 auf die Zuerkennung von Geldstrafen unzulässig, so müßte auf die besonderen Vorschriften hinsichtlich der Verhängung der Straffolgen bei den einzelnen Delikten zurückgegangen werden, und müßte es also da, wo mit der Geldstrafe in ihrer ausschließlichen oder alternativen Androhung die Verhängung der Straffolgen des Art. 28 oder einzelner derselben obligatorisch vorgeschrieben ist [13]), bei der Zuerkennung dieser Straffolgen auch dann sein Verbleiben haben, wenn einer der in Art. 75 bezeichneten Milderungsgründe gegeben ist. Die Ablehnung des Gebrauches der Analogie in unserem Falle würde somit nicht zu einer milderen, sondern zu einer härteren Behandlung der in Frage stehenden Fälle führen; die analoge Anwendung kann aber um so weniger Bedenken erregen, als [14]) aus dem Stillschweigen der Motive und der Gesetzgebungsausschüsse über die angeregte Frage angenommen werden darf, daß der Fall der Zuerkennung einer Geldstrafe beim Dasein der im Art. 75 genannten Strafmilderungsgründe dem Gesetzgeber überall nicht vorgeschwebt habe.

3) Der Strafrichter hat bei der Handhabung der ihm durch Art. 75 hinsichtlich der Verhängung der Straffolgen des Art. 28 eingeräumten Vollmacht den Reat nach allen seinen Beziehungen, insbesondere nach dessen subjektiver Seite, zu würdigen.

Er wird da, wo die Straffolgen mit der ordentlichen Strafe von Rechtswegen oder in obligatorischer Weise verbunden sind, prüfen, ob in Folge des gegebenen Milderungsgrundes das subjektive Verschulden des Thäters in einem milderen Lichte erscheint, so daß ohne Gefährdung öffentlicher Interessen und ohne Verletzung des allgemeinen Rechts- und Sittlichkeitsgefühles bezw. ohne Mißachtung des Ehrgefühles der Standes- und

13) Vgl. StGB. Art. 331: Gegen den mit Gefängniß- oder Geldstrafe bedrohten untreuen Vormund u. s. w. soll die in Art. 28 Ziff. 5 bezeichnete Straffolge verhängt werden.

14) S. Hocheder S. 376 Note.

Berufsgenossen des Schuldigen die Straffolgen bezw. eine einzelne Straffolge insbesondere nachgesehen werden kann.

Soferne aber schon mit der gesetzlichen ordentlichen Strafe die Straffolgen nur in fakultativer Weise verbunden sind, wird das hinzukommende Gewicht des Milderungsgrundes im Zweifel wohl meist die Wagschale auf die Seite der Nachsicht neigen und zu einem Erlasse der Straffolgen führen.

4) Die dem Strafrichter durch Art. 75 eingeräumte Vollmacht zum Nachlasse der Straffolgen beschränkt sich auf die in Art. 28 aufgeführten Rechts- und Ehrenminderungen: Verlust des Adels, Amtes, der besonderen Würde und Auszeichnung; Unfähigkeit zum Erwerbe des Adels u. s. w.; Verlust der Fähigkeit zur Führung einer Vormundschaft u. s. w.

Auf die übrigen gesetzlich zulässigen Nebenfolgen der Verurtheilung hat der Artikel 75 keine Beziehung; die Frage über die Entziehung der Eidesfähigkeit, die Verhängung der Polizeiaufsicht, Verwahrung in einer Polizeianstalt, Ausweisung bei Ausländern, ist daher im Falle der Strafminderung in Folge der im Art. bezeichneten Milderungsgründe nach den über jene Nebenfolgen geltenden besonderen Normen zu beurtheilen [15]).

Hiernach ist

a) der Eintritt der Eidesunfähigkeit an die rechtskräftige Verurtheilung wegen Verbrechen (d. h. in eine Verbrechensstrafe, StGB. Art. 2), bei dem Meineide an die rechtskräftige Verurtheilung wegen Meineides gebunden, — also in dem letzteren Falle gleichviel, welche Hauptstrafe ausgesprochen ist (Art. 192).

b) Die Verwahrung in einer Polizeianstalt ist nur bei Verurtheilung zu Gefängnißstrafe nicht über zwei Jahre oder wegen Uebertretung in den vom Gesetze bestimmten Fällen zulässig (Art. 40).

c) Die Verhängung besonderer Polizeiaufsicht und der dieselbe bei Ausländern ersetzenden Landesverweisung ist zulässig bei jeder Verurtheilung wegen Verbrechen, bei Verurtheilung wegen eines Vergehens oder einer Uebertretung nur in den vom Gesetze bestimmten Fällen (Art. 36).

Nach dem Wortlaute dieser letzteren Bestimmung könnte (vgl. Art. 2), wenn in Folge eines der in Art. 75 bezeichneten Milderungsgründe statt der Verbrechens- eine Vergehensstrafe zuerkannt wird, die Zulässigkeit der Polizeiaufsicht nur bei solchen Delikten ausgesprochen werden, bei welchen, auch wenn sie im Vergehensgrade begangen sind, dieselbe im Gesetze ausdrücklich statuirt ist, wie z. B. bei dem Vergehen des Diebstahles, Betruges, der

[15]) Hinsichtlich des Einflusses der Verurtheilung auf die politische Wahlfähigkeit, Fähigkeit zum Geschworenendienste, zum Dienste im Heere, ist ohnehin auf die einschlägigen Gesetze verwiesen, Art. 30 (oben S. 71). — Die Suspension von Amt und Gehalt bei Beamten und öffentlichen Dienern ist an die Erstehung einer Gefängnißstrafe schlechthin geknüpft, Art. 33.

Hehlerei u. s. w. (Art. 291, 326, 313); abgesehen hievon wäre sie schlechthin ausgeschlossen [16]). — Daß diese Wortauslegung zu einem ganz unzulässigen Ergebnisse führt, läßt sich nicht verkennen. Denn es gibt mehr als ein Verbrechen, wider dessen Urheber, auch wenn wegen Trunkenheit oder Schadensersatzes die Verbrechensstrafe in Vergehensstrafe gemildert wird, die Verhängung der Polizeiaufsicht im öffentlichen Interesse geboten erscheint. So ist es, um nur ein Beispiel heraus zu greifen, völlig incongruent, wenn der wegen Erpressung mit einer Vergehensstrafe belegte unter Polizeiaufsicht gestellt werden kann, während dieselbe Maßregel gegen den Räuber, der wegen geleisteten Schadensersatzes mit einer Vergehensstrafe davonkömmt, unzulässig sein soll. — Wird erwogen, daß der Art. 2 des StGB., wonach durch die wegen eines gesetzlichen Milderungsgrundes erfolgte Herabsetzung der Verbrechensstrafe in Vergehensstrafe die Handlung nach allen Beziehungen den Charakter eines Vergehens annimmt, — erst im Laufe der Verhandlungen der Gesetzgebungsausschüsse eingestellt ist [17]), daß also im Zusammenhange des Entw. v. J. 1853 die ihrer objektiven Beschaffenheit nach als Verbrechen strafbare Handlung diesen Charakter durch die Zuerkennung einer Vergehensstrafe nicht in allen Beziehungen verliert; ferner daß es sich hier nicht um Erweiterung eines Strafleidens, sondern einer polizeilichen Sicherungsmaßregel im öffentlichen Interesse handelt, so möchte die analoge Anwendung dessen, was bei Zuerkennung einer (leichteren) Vergehensstrafe statt einer (schwereren) Vergehensstrafe gilt, auf die Zuerkennung einer Vergehensstrafe statt einer Verbrechensstrafe — wohl zu verantworten sein.

Art. 76.

Eine Person, welche zur Zeit der That das sechzehnte Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hatte, ist straflos, wenn ihr die zur Unterscheidung der Strafbarkeit ihrer That erforderliche Ausbildung gefehlt hat. Jug.

Fällt einer solchen Person eine mit Todes- oder Zuchthausstrafe oder mit einer im höchsten Maße zwei Jahre übersteigenden Gefängnißstrafe bedrohte vorsätzliche That zur Last, und erfolgt lediglich auf Grund der Bestimmung des Abs. 1 die Freisprechung derselben oder die Einstellung des Verfahrens, so kann in dem Erkenntnisse ihre Unterbringung in einer Erziehungsanstalt für verwahrloste jugendliche Personen angeordnet werden.

Gleiche Anordnung ist gegen eine solche Person auch in dem

16) So Hocheder a. a. O. S. 375.

17) S. oben S. 57.

Falle, daß ihr ein nach Art. 283 strafbarer Diebstahl zur Last liegt und die Freisprechung oder die Einstellung des Verfahrens lediglich auf Grund der Bestimmung des Abs. 1 erfolgt, dann zulässig, wenn diese Person schon früher einmal einen Diebstahl begangen hat und lediglich auf Grund der Bestimmung des Abs. 1 deren Freisprechung oder die Einstellung des Verfahrens erfolgt ist.

Der Vollzug der in Abs. 2 und 3 bezeichneten Anordnungen ist Sache der Polizeibehörde. Die Kreisverwaltungsstelle, in deren Bezirke die jugendliche Person heimathberechtigt ist, erläßt die erforderlichen Bestimmungen über die Dauer des Aufenthaltes in der Anstalt; derselbe darf jedoch nicht über das achtzehnte Lebensjahr hinaus erstreckt werden.

Ist der jugendliche Angeschuldigte ein Ausländer, so ist in den Fällen der Abs. 2 und 3 die Ablieferung desselben an seine Obrigkeit im Erkenntnisse anzuordnen.

Läßt sich diese Ablieferung nicht bewerkstelligen, so kann die Polizeibehörde statt derselben die Unterbringung in einer Anstalt der oben erwähnten Art verfügen.

Die Kosten der Unterhaltung in der Anstalt fallen, soweit sie weder aus dem Vermögen des daselbst Untergebrachten noch von seinen alimentationspflichtigen Verwandten bestritten werden können, der Staatskasse zur Last.

§. 1. Prinzip. — Rückblick und Entstehungsgeschichte des Art.

Wie das gemeine Recht und die gesammte neuere Strafgesetzgebung, so hat auch unser neues StGB. hinsichtlich des Einflusses, welchen das jugendliche Alter auf die Zurechnung haben soll [1]), nicht einfach auf die allgemeinen Grundsätze über Zurechnungsfähigkeit und geminderte Zurechnung verwiesen; es hat denselben durch besondere Bestimmungen (Art. 76—82) geregelt, welche sich theils auf die Frage der Zurechnung, theils auf die den jugendlichen Verbrechern zuzuwendende Strafmilderung beziehen,

---

[1]) Vgl. außer den Lehrb.: Kitka im Arch. d. CrR. 1834 S. 117; Mittermaier das. 1841 S. 155; Hobbach, Beitr. z. Strafr S. 175; Köstlin, System I S 134 f.; Hälschner, Preuß. Strafr. II S. 104; Berner, Imputationslehre S. 97; v. Meyendorff, Einfl. d. jug. Alters u. s. w. 1862. — S. auch Friedreich, Hdb. d. ger. Psychol. S. 368.

Ueber den Einfluß der Kindheit s. insbes. Wächter, k. sächs. StGB. I S. 339.

theils endlich die mit der Aburtheilung zu verbindenden Nebenfolgen zum Gegenstande haben [2]).

Hinsichtlich der Zurechnungsfrage hebt das StGB. lediglich eine Altersstufe, die des vollendeten sechzehnten Lebensjahres, als diejenige hervor, über welche hinaus dem jugendlichen Alter an solchen weder eine schuldaufhebende noch eine strafmildernde Wirkung (vorbehaltlich der Verschonung Minderjähriger mit der Todesstrafe, Art. 82) zukommen soll. Bei jugendlichen Uebertretern, welche jene Altersstufe noch nicht erreicht haben, bleibt es schlechthin der richterlichen Prüfung und Entscheidung im einzelnen Falle überlassen, ob Zurechnungsfähigkeit gegeben sei oder nicht. Wird dieselbe angenommen, so tritt erhebliche Strafmilderung ein. —

Indem so das n. StGB. von der Aufstellung einer Altersstufe, an welche die Präsumtion absoluter Strafunmündigkeit geknüpft ist, Umgang nimmt, hat es das System des gemeinen wie des bisherigen dießrheinischen Rechtes verlassen und das auch im preuß. GB. [3]) adoptirte Prinzip des französischen StGB. an dessen Stelle gesetzt [4]). —

Das ä. StGB. v. J. 1813 hatte sich im Wesentlichen enge an das gemeine Recht angeschlossen [5]), nur daß es das aller Zurechnung entzogene Alter der Kindheit (infantia) bis zum vollendeten achten, und den Zeitraum der relativen Strafmündigkeit (mit freiem konkreten richterlichen Ermessen) bis zum vollendeten sechzehnten Lebensjahre ausgedehnt hat [6]).

Die nachfolgenden älteren Entwürfe schwanken sowohl hinsichtlich der

[2]) S. überh. Hocheder, Komm. S. 378; Stenglein, Komm. I S. 563; Weis, Komm. I S. 216.

[3]) Preuß. StGB. §. 42. — Auch in Preußen wurde das in den vorausgegangenen Entw. festgehaltene gemeinrechtliche System in der letzten Stunde mit dem des franz. Rechts vertauscht. Goltdammer, Mater. z. d. Preuß. StGB. I S. 355 f.

[4]) Cod. pén. Art. 66: Lorsque l'accusé aura moins de seize ans, s'il est décidé qu'il a agi sans discernement, il sera acquitté.

[5]) S. Köstlin und Hälschner a. a. O.

[6]) Art. 98, 99, 120 Ziff. 1.

So im Wesentlichen auch Württemb. StGB. Art. 95; Gh. Hess. Art. 37, 114, 117; Bad. §. 78, — jedoch mit der Ausdehnung der absoluten Strafunmündigkeit bis zum 10. bezw. 12. Lebensjahre.

Andere neuere GB. stellen nur eine einzige Altersgränze auf, jenseits deren die Zurechnung schlechthin ausgeschlossen ist, während sie diesseits derselben eben so absolut angenommen wird und nur eine Strafmilderung begründet. Und zwar werden bald Kinder unter 12 Jahren für schlechthin strafunmündig erklärt, darüber hinaus aber für zurechnungsfähig erachtet, jedoch bis zu dem 16. oder 18. Lebensjahre einer milderen Bestrafung unterworfen (Hannov. StGB. Art. 83, 99; n. sächs. StGB. Art. 87, 89, 90; Thüring. StGB. Art. 61, 58); theils wird die erstere Gränze bis zu dem 14., der straf-

präsumtiven Dauer der absoluten Strafunmündigkeit als auch hinsichtlich des Beginnes der absoluten Strafmündigkeit [7]). Die Entw. v. J. 1851 (Art. 67) und ebenso v. J. 1853 Art. 53 erstrecken die Gränze der absoluten Strafunmündigkeit bis zu dem 12. Lebensjahre und stellen es von da an bis zum 16. in das richterliche Ermessen, ob Zurechnungsfähigkeit anzunehmen sei oder nicht.

Dieses System erfreute sich auch anfangs der Zustimmung des Ref. II [8]); indeß sollte die von dem Entw. v. J. 1853 (Art. 53 Abs. 1) den Polizeibehörden zugedachte Ermächtigung zur Unterbringung jugendlicher unzurechnungsfähiger Uebertreter in ein Erziehungs- oder Besserungshaus den Anlaß zu einer Aenderung des ganzen Systemes über den Einfluß der Jugend auf die Zurechnung geben. Nachdem nämlich Ref. zuerst vorgeschlagen hatte, diese Bestimmung einem Polizeigesetze vorzubehalten, drang in den GGA. die Ansicht durch, daß die Entscheidung über die Zulässigkeit der Verwahrung unzurechnungsfähiger jugendlicher Uebertreter zwischen zwölf und sechzehn Jahren den Strafgerichten zu übertragen sei, und daß die Polizeibehörden nur auf Grund des richterlichen Ausspruches der Zulässigkeit jener Maßregel zur Ausführung derselben schreiten dürfen [9]).

Was aber hiemit hinsichtlich unzurechnungsfähiger jugendlicher Uebertreter zwischen dem 12. und 16. Lebensjahre beschlossen war, mußte konsequent auch auf jüngere ausgedehnt werden, und da somit hienach bei allen jugendlichen Uebertretern eine gerichtliche Kognition unumgänglich ist, so hat der Entw. v. J. 1860 (Art. 76) und nach ihm das GB. ganz folgerichtig sich der Aufstellung eines Termines absoluter Strafunmündigkeit enthalten und nur einen Zeitraum relativer Strafmündigkeit — bis zum 16. Lebensjahre — aufgestellt [10]).

---

mildernde Einfluß der Jugend aber bis zu dem 21. Lebensjahre angenommen (Braunschw. CrGB. §. 30, 60).

[7]) Der Entw. v. J. 1822, Art. 64 und 65, nimmt das vollendete 8. Lebensjahr als die Gränze der absoluten Strafunmündigkeit an, läßt aber von da an sofort die Zurechnungsfähigkeit beginnen, und die Jugend nur als Milderungsgrund mit der Unterstufe des 12. Lebensjahres wirken. — Der Entw. v. J. 1827, Art 55, hat die Gränze der unzurechenbaren Kindheit bis zum 12. Lebensjahre erstreckt, und läßt von da an die Jugend schlechthin nur als Milderungsgrund wirken. — Der Entw. v. J. 1831, Art. 79, 80, folgt in der ersteren Beziehung seinem Vorgänger, nimmt jedoch für den Zeitraum vom 12. bis zum vollendeten 16. Lebensjahre nur relative Strafmündigkeit an.

[8]) Vorläuf. Bemerkungen zu d. Entw. v. J. 1851 S. 369; Vortrag üb. d. Entw. v. J. 1853, Verh. d. GGA. d. K. d. Abg. v. J. 18$^{37}/_{38}$ Bd. II S. 52.

[9]) Verh. II, 1, S. 219 f., 229.

[10]) Motive z. d. Entw. v. J. 1860 S. 182.

Neue Gesetzes-Kommentare

aus dem Verlage von Palm & Enke in Erlangen.

Edel, Professor und Landtagsabgeordneter Dr. C., das **Polizeistrafgesetzbuch für das Königreich Bayern** vom 10. November 1861. Mit Erläuterungen. 2. Auflage. Lex.-8. (XIV u. 680 Seiten) geh. 6 fl. 36 kr. rhn. oder 4 Thlr. 4 Ngr. — 1. Beilagenheft hiezu (VI u. 90 Seiten) 48 kr. rhn. od. 16 Ngr.

Gerstner, Professor Dr. L. J., Gesetz vom 10. November 1861, die **Zusammenlegung von Grundstücken** betreffend. Mit Erläuterungen. Lex.-8 (140 Seiten) geh. Mit 5 lithographirten Tafeln. 1 fl. 28 kr. rhn. od. 28 Ngr.

Hörmann, Reg.-Rath W. v., Gesetz vom 28. Mai 1852, die **Feuerversicherungsanstalt für Gebäude** in den Gebietstheilen diesseits des Rheins betr., und Gesetz vom 21. Mai 1861, die Abänderungen einiger Bestimmungen des vorstehenden Gesetzes betr., erläutert. Mit Anhang und Formularien. Lex.-8. (422 S.) geh. 3 fl. 21 kr. rhn. od. 2 Thlr. 4 Ngr.

Lutz, J., Ministerialassessor, erster Sekretär der Kommission zur Berathung eines allg. deutschen Handelsgesetzbuches, **Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch** mit dem k. bayerischen Einführungsgesetze erläutert. Erstes und zweites Heft (Einf.-Gesetz). Lex.-8. (218 Seiten m. Form.) geh. 1 fl. 48 kr. rhn. oder 1 Thlr. 6 Ngr.

Pözl, Professor Dr. J., die bayerischen **Wassergesetze** vom 28. Mai 1852, erläutert. Neue Ausgabe. Lex.-8. (466 Seiten) geh. 3 fl. 36 kr. rhn. od. 2 Thlr. 8 Ngr.

—, Gesetz vom 26. Februar 1850, die **Versammlungen und Vereine** betreffend, erläutert. Lex.-8. (100 Seiten) geh. 48 kr. rhn. od. 16 Ngr.

Rehm, Bezirksgerichtsdirektor K., Gesetz vom 10. November 1861, die **Gerichtsverfassung** betreffend, erläutert. Lex.-8. (XII u. 173 Seiten) geh. 1 fl. 36 kr. rhn. oder 28 Ngr.

Risch, Professor Dr. C., das Gesetz, die **Einführung des Strafgesetzbuches und des Polizeistrafgesetzbuches** für das Königreich Bayern betreffend, vom 10. November 1861, erläutert. Lex.-8. (VI u. 483 Seiten) geh. 4 fl. 4 kr. rhn. oder 2 Thlr. 16 Ngr.

Völderndorff, OAGRath Dr. O. Frhr. v., Gesetz vom 5. Oktober 1863, einige Bestimmungen der allgemeinen deutschen **Wechselordnung** betr., erläutert. Lex.-8. (52 Seiten) geh. 24 kr. rhn. od. 8 Ngr.

Zink, OAGDirektor E. v., Gesetz vom 10. November 1861, das **Notariat** betreffend, erläutert. Lex.-8. (554 Seiten) geh. 4 fl. 48 kr. rhn. oder 2 Thlr. 28 Ngr.

Repertorium zum **Forstgesetz** vom 28. März 1852, herausgegeben von der Redaktion der „Gesetzgebung des Königreichs Bayern seit Max II. mit Erläuterungen". Lex.-8. (VI u. 152 Seiten) geh. 1 fl. 20 kr. rhn. od. 24 Ngr.

Repertorium zum **Strafprozeßgesetz** vom 10 November 1848 einschlüssig der Modifikationen durch die Gesetzgebung vom Jahre 1861, herausgegeben von der Redaktion der „Gesetzgebung des Königreichs Bayern seit Max II. mit Erläuterungen". Lex.-8. (XI u. 331 Seiten) geh. 2 fl. 48 kr. rhn. od. 1 Thlr. 18 Ngr. Das 1. 68 Seiten starke Supplementheft hiezu kostet 36 kr. rhn. oder 12 Ngr.

Vorstehende Werke wurden auch als Bestandtheile der „Gesetzgebung des Königreichs Bayern seit Max II. mit Erläuterungen" ausgegeben und allen Abonnenten auf diese Sammlung zugesandt.

Bei Palm & Enke in Erlangen ist so eben erschienen:

Die

Strafgesetzgebung

des

Königreichs Bayern.

Systematische Sammlung der auf das Strafrecht und das Strafverfahren bezüglichen Gesetze, k. ah. Verordnungen und Entschließungen des k. Justizministeriums.

Mit allerhöchster Genehmigung herausgegeben
von der Redaktion der „Gesetzgebung des Kgl. Bayern mit Erläuterungen".

Neue Ausgabe in Monatslieferungen.

Preis der Lieferung 12 Ngr. oder 36 kr. rhn.

Erste Lieferung.

☞ Dieses neueste und vollständigste Corpus juris bavarici criminalis concinnatum kann nach dem Ausspruche kompetenter Beurtheiler Jedem, der sich mit der Strafrechtspflege in irgend einem Zweige theoretisch oder praktisch zu befassen hat, als kaum zu entbehrendes Handbuch empfohlen werden, indem darin das gesammte, theilweise schwer zugängliche strafrechtliche und strafprozessualische Quellenmaterial in übersichtlicher Weise vollständig unter gleichzeitiger Hinweisung auf die Wechselbeziehungen der einzelnen gesetzlichen Bestimmungen zusammengestellt ist. „Diese Sammlung" — urtheilt einer unserer gediegensten vaterländischen Praktiker in Nr. 70 des vorigen Jahrgangs der Bamberger Zeitung — „ist so zu sagen der Schlußstein der mannichfachen Ausgaben des Textes des Strafgesetzbuches, des Polizeistrafgesetzbuches, der sog. Spezialgesetze und der Prozeßvorschriften. In einem handsamen Bande findet der **Jurist** alles Material, dessen er in den öffentlichen Sitzungen oder auf Kommissionen bedarf; dem **Administrativbeamten**, dem **Arzte**, dem **Gelehrten**, dem **Bürger** und dem **Geschäftsmanne jeder Kategorie** kommen in den Noten, namentlich zum Texte des Polizeistrafgesetzbuches, alle die Gesetze ergänzenden, seit dessen Verkündung erschienenen und früheren Verordnungen entgegen. Ein übersichtliches Register gewährt einen leichten Ueberblick über die polizeilichen und anderen Verhaltungsmaßregeln in Handel und Wandel, in Lust und Leid, in Bedrängniß und Noth."

Um die Anschaffung dieses Werkes zu erleichtern, veranstaltet die Verlagshandlung mehrfachen Aufforderungen zufolge

eine neue Ausgabe unter Beigabe der seit dem Erscheinen des Werkes veröffentlichten einschlägigen Gesetze, ah. Verordnungen und Ministerialentschließungen in 10, höchstens 11, monatlich erscheinenden Lieferungen jede von circa 6 Bogen zu dem Preise von 36 kr. rhn. oder 12 Ngr.,

deren erste so eben ausgegeben wurde. Sollte übrigens der sofortige Besitz des kompleten Werkes der lieferungsweisen Anschaffung vorgezogen werden, so wird jede Buchhandlung desfallsigen Wünschen gerne entsprechen.

Druck von **Junge & Sohn** in Erlangen.